

Motregning mellom eller overfor parter som inngår i konsern

Særlig med henblikk på motregningsadgangen ved manglende gjensidighet.

Kandidatnummer: 674

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17954



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Generelt om motregning som oppgjørsform.....	1
1.2	Problemstilling og videre fremstilling	5
2	DE GRUNNLEGGENDE REELLE HENSYN BAK PRINSIPPET OM TVUNGEN MOTREGNING	7
2.1	Innledning	7
2.2	Kort om hensynet til rimelighet	7
2.3	Lettvint oppgjørsmåte	8
2.4	Motregningsretten fungerer som sikkerhet for motfordringen	9
2.5	Motregning som et effektivt inndrivelsesmiddel	10
3	KORT OM AVTALE- OG TILORDNINGSSYNSPUNKTER	12
4	MULIGE MOTREGNINGSGRUNNLAG NÅR GJENSIDIGHET IKKE FORELIGGER	13
4.1	Kan (og bør) selskaper i et konsern identifiseres i relasjon til gjensidighetsvilkåret?	13
4.1.1	Innledning.....	13
4.1.2	Hensynet bak det alminnelige gjensidighetsvilkåret	13
4.1.3	Rettslig utgangspunkt	17
4.1.4	Unntak fra hovedregelen?.....	20
4.1.5	Oppsummering og konklusjon	31
4.1.6	Avsluttende bemerkninger.....	32
4.2	Om konneksitet i konsernforhold	35
4.2.1	Innledning.....	35
4.2.2	Sentrale hensyn.....	36
4.2.3	Avgrensninger og presiseringer.....	38

4.2.4	Om hva som generelt ligger i at kravene må ha tilstrekkelig tilknytning.....	40
4.2.5	Noen konsernrelaterte eksempler	43
4.2.6	Utvidet motregningsrett ved konnekse krav i konkurs.....	51
4.2.7	Sammenfatning.....	55
5	ER DET I NORSK RETT <i>BEHOV</i> FOR Å SE TO SELSKAPER UNDER ETT I RELASJON TIL GJENSIDIGHETSVILKÅRET?	57
6	MULIGE SELSKAPSRETTLIGE SKRANKER FOR MOTREGNING	59
6.1	Innledning	59
6.2	Kommer de særlige regler om ansvarsgjennombrudd til anvendelse?	59
6.2.1	Innledning.....	59
6.2.2	Kort om ansvarsgjennombruddslærens innhold og anvendelsesområde	60
6.2.3	Forholdet til motregningsretten	62
6.3	Kan asl. § 3-8 begrense adgangen til motregning?	63
6.3.1	Kort om hvilke avtaler asl. § 3-8 rammer.....	63
6.3.2	Unntak fra kravet om generalforsamling.....	64
6.3.3	Konsekvensen av brudd på asl./asal. § 3-8.....	66
6.4	Kort om forholdet til aksjelovenes utdelingsbegrensninger	67
7	LITTERATURLISTE	69
8	LOV-, FORARBEID- OG DOMSREGISTER	71

1 Innledning

1.1 Generelt om motregning som oppgjørsform

Motregning er en praktisk oppgjørsform når to eller flere rettssubjekter har fordringer mot hverandre. Motregning kan defineres som

”det Forhold, at to Krav ophører, [for]saavidt de dækker hinanden, ved at det ene Krav (det mindste) afregnes i det andet.”¹ (min tilføyelse)

Skylder eksempelvis A NOK 1000 til B, og B NOK 1000 til A, kan A og B i stedet for å betale hverandre avregne de to kravene mot hverandre ved motregning. En slik motregningsrett kan være frivillig, hvor partene enten blir enige om å motregne eksisterende fordringer mot hverandre, eller avtaler at motregning skal skje en gang i fremtiden.

Frivillig motregning er sjeldent problematisk. Motregningsretten blir derimot satt på spissen når det er tale om *ensidig* eller *tvungen*² motregning: Der motregneren B alene erklærer at hovedkrav og motkrav helt eller delvis skal gjøres opp gjennom motregning, uten at den andre parten (A) samtykker. *Adgangen* til slik ensidig motregningsrett gjelder som alminnelig prinsipp i norsk rett.³ Utenfor de lovbestemte tilfelle er det i rettspraksis utviklet visse vilkår som må være oppfylt for at motregning kan erklæres.

For det første må frigjoringstiden for hovedkravet og forfallstiden for motkravet være inntrådt (*oppgjørsmodenhet*). For det andre må kravene gå ut på samme type ytelse (*komputa-*

¹ Ussing (1937) s. 285, sitert etter Arnholm (1939) s. 119

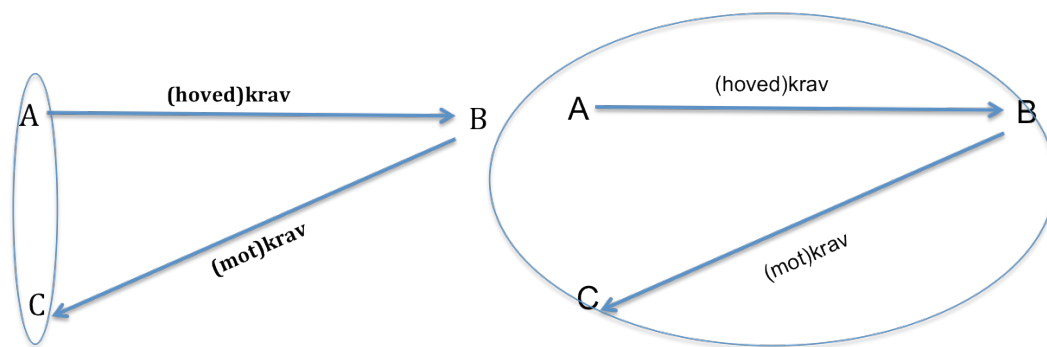
² I det følgende omtaler jeg det kun som motregning

³ Bergsåker, Pengekravsrett (2. utgave) s. 227-228

bilitet). For det tredje må kravene bestå mellom de samme parter (*gjensidighet*). Motregningsvilkårene må være oppfylt på det tidspunktet motregning erklæres.⁴

Normalt byr ikke gjensidighetsvilkåret på problemer: Enten består hovedkrav og motkrav mellom A og B, eller så gjør de ikke det, jf. eksemplet innledningsvis. Gjensidighetsvilkåret kan imidlertid bli satt på spissen ved krav mot eller mellom selskaper i samme konsern. Her er det særlig to situasjoner som kan bli aktuelle:⁵

Situasjon 1:



Et konsernselskap A har en (hoved)fordring på selskap B, som enten inngår i eller står utenfor konsernet. B har ingen direkte (mot)fordring på A, men har derimot en (mot)fordring på selskap C i samme konsern. I stedet for å først betale A det skyldige beløp, og deretter kreve inn det C skylder B, kan det tenkes at B heller ønsker å motregne As (hoved)krav mot B, direkte med sitt (mot)krav mot C. Det kan være ulike grunner til dette.

Så lenge C er solvent og betalingsvillig, vil det ikke spille noen rolle for B om han først betaler gjelden til A, og deretter krever (mot)fordringen innfridd av C. Konsekvensen for B blir den samme. Dersom C imidlertid nekter å innfri fordringen til B, vil B ved å anvende fordringen mot C til motregning overfor sin gjeld til A, unngå tvangsinn drivelse overfor C.

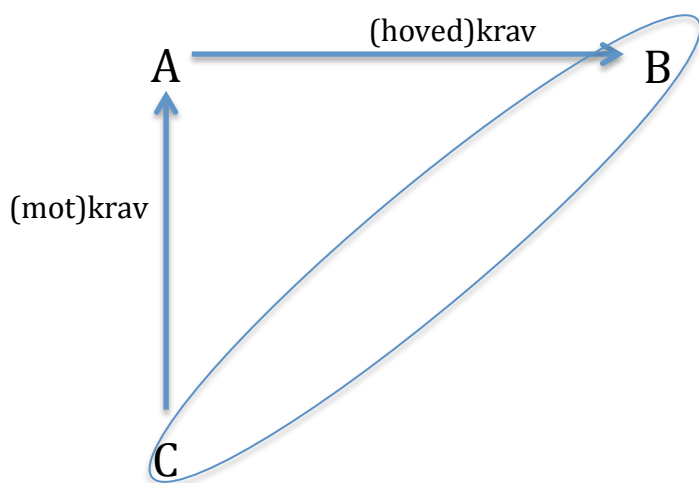
⁴ Sæbø (2003) s. 94

⁵ Se Sæbø (2003) s. 63, Jensen (2007) s. 41-42, Arnholm (1939) s. 40, Arnholm (1974) s. 195

Dersom C er insolvent, vil B risikere å kun sitte igjen med dividende av sitt krav på C. Ved å i stedet anvende fordringen til motregning i gjelden til A, vil B derimot oppnå full dekning for sitt krav.

Det kan også tenkes at morselskap A ønsker å kvitte seg med konserngjeld ved å initiere motregning med As fordring på B, overfor Bs fordring på C. I mangel av hjemmel i lov eller avtale er det imidlertid antatt at det kun er *hovedkravets skyldner* (B) som kan ha en motregningsrett.⁶ Denne situasjonen vil derfor ikke behandles nærmere.

Situasjon 2:



Selskap A har en (hoved)fordring på selskap B. B inngår i et konsern med selskap C. C har en (mot)fordring på A. B ønsker å kunne motregne i gjeld til A, med f.eks sitt heleide datterselskap Cs krav mot A. Når B i en situasjon som denne ikke har noe *eget* krav mot noen part, vil imidlertid Bs forventning om å motregne i utgangspunktet være mindre berettiget.⁷

⁶ Sæbø (2003) s. 213

⁷ Jensen (2007) s. 44

På den annen side må A normalt finne seg i at B motregner dersom C overdrar sitt krav mot A til B.⁸

Kort oppsummert er situasjonen at B ønsker å motregne sin gjeld til A *enten* med et (mot)krav B har på As mor-, søster eller datterselskap C, *eller* med et (mot)krav på A som i utgangspunktet tilkommer Bs mor-, søster eller datterselskap C.

I begge disse situasjonene gjelder det alminnelige utgangspunkt om at hvert selskap, også i konsernforhold, er selvstendige rettssubjekter. Når A og B ikke har fordringer direkte overfor hverandre, er med andre ord ikke gjensidighetsvilkåret oppfylt, og motregning må i utgangspunktet nektes.

I det følgende betegner B den *motregnende*, altså den som ønsker å motregne, mens A betegner *motregningsadressaten*- innehaver av hovedkravet. Denne definisjonen følger terminologien som er godt innarbeidet i juridisk teori.⁹

Med ”konsern” siktes det til mor- og datterselskap som er omfattet av konserndefinisjonen i aksjeloven og allmennaksjeloven § 1-3; et morselskap som på grunn av avtale eller som eier av aksjer har ”bestemmende innflytelse” over et annet selskap, jf. bestemmelsens første, annet og tredje ledd.

⁸ Sæbø (2003) s. 49-50. Det *kan* imidlertid i skyldnerens (As) interesse være stiftet forbud mot overdragelse av (mot)kravet. Ved motregning i konkurs oppstiller også dekningsloven § 8-2 første ledd vesentlige begrensninger i adgangen til å stifte motregningsrett ved at B erverver tredjepersons krav mot konkursskyldneren

⁹ Bergsåker (2011) s. 226, Sæbø (2003) s. 17, Lindskog (1993) s. 31

1.2 Problemstilling og videre fremstilling

Temaet for denne fremstillingen er i hvilken grad motregning kan skje når gjensidighet i utgangspunktet ikke foreligger mellom partene. Følgende to mulige løsninger vil diskuteres:

- Hvorvidt selskaper i konsern etter norsk rett kan (og bør) identifiseres i relasjon til gjensidighetsvilkåret.¹⁰
- Hvorvidt det foreligger en tilknytning mellom *kravene* som gjør det rimelig å si at de er oppstått i samme rettsforhold (konneksitet). Dersom det er tilfellet, vil motregning normalt kunne skje til tross for at kravene ikke består mellom de samme parter.¹¹ De generelle vilkår for når krav må anses konnekse vil behandles med de ovennevnte situasjoner for øye.

Avslutningsvis diskuteres hvorvidt selskapsrettslige regler om blant annet utdelinger og konsernbidrag begrenser en eventuell (utvidet) motregningsrett.

Det sees i denne oppgaven bort fra tilfelle hvor det er usikkerhet med hensyn til hvem hoved- og motkrav retter seg mot, og tilfelle hvor hoved- og/eller motkravet tilhører to eller flere rettssubjekter. I forhold til gjensidighetsvilkåret er det uansett de *reelle* tilknytningsforholdene som er avgjørende.¹² Vilkåret om at det må foreligge gjensidige *krav* innebærer også at B som hovedregel må ha et rettslig oppfyllelseskrav mot A, herunder at Bs krav ikke er foreldet.¹³ Hva som ligger i dette, og eventuelle unntak fra dette utgangspunktet vil ikke behandles i denne fremstillingen.

¹⁰ Sæbø (2003) s. 63

¹¹ Bergsåker (2010) s. 236-237, Rt. 1992 s. 504 (på s. 507), Sæbø (2003) s. 213

¹² Jf. Rt. 1927 s. 584, som gjaldt motregning etter konkursloven av 1883 § 119. Se også Sæbø (2003) s. 49 og s. 436, og oppgavens kap. 3

¹³ Sæbø, Motregning (2003) s. 96.

Det avgrenses også mot andre tilfeller der B kan gis en rett til å kompensere overfor A enten med eget krav mot C, eller med Cs krav mot A. Eksempler på dette er cesjon, regler i kommisjonsforhold, tredjemannsløfter og tilfelle hvor A er legitimert til å råde over Cs krav.¹⁴

Det avgrenses videre mot en nærmere behandling av motregningsreglene i konkurs, jf. deknl. §§ 5-6 og 8-1 flg.

Innledningsvis belyses kort de grunnleggende hensyn bak prinsippet om motregning.

¹⁴ Arnholm (1974) s. 198

2 De grunnleggende reelle hensyn bak prinsippet om tvungen motregning

2.1 Innledning

De alminnelige vilkår for motregning henger tett sammen med hensynene bak motregningsretten.¹⁵ De grunnleggende reelle hensyn bak motregningsretten er derfor sentrale rettskildedefaktorer i tolkningen av eventuelle utvidelser, så vel som eventuelle unntak fra motregningsretten på det ulovfestede området.

2.2 Kort om hensynet til rimelighet

Når fordringene er oppgjørsmodne, komputable og består mellom de samme parter, vil en motregningsrett normalt oppfattes som rimelig og rettferdig. Det er eventuelle *begrensninger* i motregningsretten som må begrunnes, for eksempel i As manglende likviditet eller at motregning vil medføre rettsmisbruk fra Bs side. At det generelt oppfattes som rimelig at B kan motregne når de alminnelige vilkår er oppfylt, kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1936 s. 269.

I denne saken ble en kommune ansett berettiget til etter den daværende bygningslovens § 46 punkt 3 å motregne et refusjonskrav mot eier av ubebygget grunn i grunneierens krav på ekspropriasjonserstatning. Retten begrunner dette med at det er "... en *naturlig og rimelig* ordning og den er efter min mening ogsaa tydelig forutsatt i § 46 punkt 3" (min uth.). *Lovtolkningen* i dommen ble riktignok satt til side av Høyesterett i plenum i Rt. 1952 s. 566, der Høyesterett la til grunn at et refusjonskrav mot eier av ubebygget grunn var uforfalt. Uttalelsen i Rt. 1936 s. 269 om at motregning i *den saken* måtte anses "rimelig" ble imid-

¹⁵ Sæbø (2003) s. 30

lertid ikke kommentert av Høyesterett i Rt. 1952 s. 566. Den eldste dommen tjener derfor fortsatt som eksempel på at hensynet til rimelighet er relevant i en motregningssituasjon.

Rimelighetshensyn som en begrunnelse for motregning er også trukket frem i forarbeidene til den nå opphevede skattebetalingsloven. Om bestemmelsen i skattebetalingslovens § 32 nr. 2, om adgang for skatteoppkreveren til å motregne krav på skatt mv. i den skattepliktiges krav på blant annet folketrygden, uttales:

”Skattedirektoratet har elles vist til at ein utanlandsk borgar som flytter frå Noreg i visse høve kan ha krav på refusjon for betalt avgift til folketrygda, og at det verkar *urimeleg* at eventuell skattegjeld ikkje skal kunna nyttast til motrekning. Inndriving av skattekrav i utlandet byr på vanskar, særleg i land som Noreg ikkje har avtale med.”¹⁶ (min uth.)

Også i tysk teori går hensynet til rimelighet som en ”rød tråd” gjennom de alminnelige reglene om motregningsrett i BGB §§ 387 flg.¹⁷ De tyske bestemmelsene om motregning stemmer også stort sett overens med det som gjelder i skandinavisk motregningsrett.¹⁸ Dette underbygger betydningen av rimelighet i motregning. De følgende tradisjonelle reelle hensyn bak motregningsretten må sees i lys av dette.

2.3 Lettvint oppgjørsmåte

Som nevnt under innledningen er motregning en enkel og praktisk måte å gjøre opp motstående fordringer på: I stedet for å foreta fullstendig oppgjør i to omganger, hvor A betaler B, og B betaler A hvert sitt skyldige beløp, gjøres fordringene opp mot hverandre så langt

¹⁶ Ot.prp.nr. 44 (1983-84). Lov om endringer i lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt, s. 4

¹⁷ Berger (1996) s. 244, sitert etter Sæbø (2003) s. 32.

¹⁸ Lindskog (1993) s. 47

de dekker hverandre. Foruten å spare tid, kan det også, særlig når det dreier seg om større og flere beløp spare partene for unødvendige transaksjonskostnader.¹⁹

På den annen side innebærer utviklingen innen betalingsformidlingen at dette tradisjonelle hensynet ikke lenger er så tungtveiende. Dagens transaksjonskostnader er ikke særlig store, og elektronisk betalingsformidling medfører rask overføring av større beløp. Dette hensynet bør derfor ikke ha noen betydelig egenvekt i tilfelle hvor andre sterke hensyn taler mot en (utvidet) motregningsrett.

2.4 Motregningsretten fungerer som sikkerhet for motfordringen

Dersom B innfrir As (hoved)fordring først, vil B alltid risikere å bli sittende igjen med en udekket motfordring på A.²⁰ A holder for eksempel igjen betalingen til B på grunn av innsigelser mot motkravet, eller A er insolvent. Det kan derfor være risikabelt for B å innfri As (hoved)fordring uten noen form for sikkerhet for oppfyllelse av motfordringen, f.eks. pant.

En motregningsrett for B kan bøte på dette: I stedet for å først gjøre opp hovedfordringen til A og deretter kreve oppfyllelse av motfordringen til B, kan B kreve at fordringene avregnes mot hverandre. På den måten løper ingen av partene noen særskilt risiko ved å måtte være først ute med oppfyllelsen av den andres krav. En slik sikkerhet er særlig viktig når det er tale om fordringer ved løpende samarbeide der begge parter har kostnader og inntekter fra hverandre. En udekket (mot)fordring for B kan tenkes å føre til finansielle problemer knyttet til likviditet, og i verste fall selskapets suffisiens.

¹⁹ Bergsåker (2011) s. 229, Platou i Rt. 1875 på s. 441, hvor han uttaler at det ikke ”skal gives frem og tilbake, hvad der kan afgjøres ved et Pennestrøg”, sitert etter Sæbø (2003) s. 31

²⁰ Arnholm (1939) s. 18: ”I det hele løper den som betaler, stadig den risiko at den annen part bare tar imot, men ikke gir igjen. Kompensasjonsadgangen skal...sikre den gode betaler mot de farer en ond og uvederheftig motpart kan utsette ham for.”

I innstillingen til Betalingsinnfordringsutvalget kommer det også frem at en *effektiv* deknning av Bs forfalte krav mot A er viktig for samfunnet:

”Sikring av effektiv betaling og at betalingsunnlatelser så langt mulig unngås, er av stor samfunnsøkonomisk viktighet. Svekkelser på dette feltet har klare negative følger for samfunnsøkonomien og den enkelte. I en del tilfeller har f.eks. useriøse virksomheter, ved bevisst unnlatelse av å følge opp sine forpliktelser, skapt problemer for bl.a. bedrifter og enkeltpersoner.”²¹

På den annen side er det ikke sikkert motfordringen alltid er stiftet med tanke på muligheten for motregning (og dermed som sikkerhet). B kan med andre ord i visse tilfelle tenkes å få en tilfeldig sikkerhetsrett, som det ikke alltid vil synes rimelig å tildele ham. Et eksempel er tilfelle der A er ute av stand til å betale ned gjelden til sine kreditorer ved en aktuell eller nær forestående konkurs. Dersom B tillates å motregne i gjeld til A med sin fordring på A, gir dette B en særskilt dekningsadgang på bekostning av de andre kreditorer. Konkursrettens prinsipp om likebehandling av kreditorer blir imidlertid ivaretatt av omstøtelsesregelen i deknl. § 5-6, og de særlige regler om motregning i konkurs i deknl. §§ 8-1 flg.²²

2.5 Motregning som et effektivt inndrivelsesmiddel

Vanligvis må den som har en betalingsudyktig (eller uvillig) debitor gjennom en lang og kostbar inndrivelsesprosess etter inkassolovens og tvangsfullbyrdslovens regler. I nær sammenheng med at motregningsretten fungerer som sikkerhet for motfordringen, står derfor også at motregning kan fungere som en effektiv og billig (gratis) inndrivelsesmetode for Bs ubetalte motfordring på A.²³

²¹ NOU 1992:35 s.7

²² Dekningsloven § 8-1 gir adgang til å benytte en fordring på konkursdebitor til motregning med sitt fulle beløp. Denne adgangen har imidlertid en del presiseringer og unntak i § 8-1 annet og tredje ledd samt i §§ 8-2 og 8-3

²³ Bergsåker (2011) s. 230

Dersom A ikke innfrir Bs (mot)fordring, kan B innkassere den helt eller delvis gjennom motregning, dersom han selv er i gjeld til A. Siden motregning initieres ved en ensidig erklæring fra B, kan A i utgangspunktet ikke trenere prosessen. A kan bestride Bs rett til motregning og gå til sak for å få kjent den ugyldig, men dette kan være en lang og kostbar prosess for As vedkommende, hvor risikoen for å tape lett kan føre til at A ikke ser seg tjent med å forsøke.

Dette hensynet kan derfor virke begge veier: I tilfelle hvor B har et berettiget motkrav som A nekter å betale, gir det B et effektivt, og rimelig inndrivelsesmiddel/vern. På den annen side kan det virke urimelig at B skal kunne motregne med krav hvis eksistens er omtvistet, eller A bestrider at motregningsvilkårene for øvrig er oppfylt. A får da byrden med å starte prosess, og motregningen kan ende opp med å forhale og fordyre As eventuelle rettmessige inndrivelse av hovedkravet. Inkasso- muligheten som motregningsretten åpner for kan med andre ord virke *for* effektivt.²⁴

For å beskytte As eventuelle innsigelser mot motkravet og behov for likviditet eksisterer det enkelte lovfestede og ulovfestede unntak fra Bs motregningsrett. En nærmere behandling av dette faller imidlertid utenfor oppgavens rammer.

Før jeg i det følgende går inn på adgangen til motregning (mellom eller overfor parter i konsern) ved manglende gjensidighet, vil jeg se kort på noen avtale- og tilordningssynspunkter.

²⁴ Bergsåker (2011) s. 232, Sæbø (2003) s. 34

3 Kort om avtale- og tilordningssynspunkter

Før det blir aktuelt å diskutere unntak fra gjensidighetsvilkåret, må det avtalerettslige partsforholdet mellom A og B klarlegges. Hoved- og motkrav må med andre ord først tilordnes de rette kreditorene etter kravene. I denne vurderingen er *utgangspunktet* at det er den som formelt kontraherer med B som blir bundet som avtalepart, når ikke noe annet er ”markert eller klart forutsatt” mellom partene, jf. Rt. 1980 s. 1109 (på s. 1114). I forhold til gjensidighetsvilkåret er det imidlertid som tidligere nevnt de *reelle* tilknytningsforholdene som er avgjørende.²⁵

I konsernforhold kan tilordningsspørsmålet tenkes å by på problemer. Det er ikke uten videre gitt at det selskap som formelt fremstår som forpliktet også reelt er det. Dette skyldes blant annet at forvaltningen av datterselskapene kan være lagt til en felles konsernadministrasjon som plasserer rettigheter og forpliktelser hos datterselskapene ut fra et overordnet konsernhensyn.²⁶ Et eksempel er Rt. 1932 s. 1015, hvor Høyesterett ble stående ved at morselskapet, en bank, var ansvarlig for en strømleveranseforpliktelse til tross for at forpliktelsen formelt var overført til et nystiftet datter(aksje)selskap.²⁷ Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn på de særlige spørsmål tilordningsvurderingen reiser.

I det følgende legges det til grunn at krav og motkrav etter en tilordning *ikke* består mellom de samme parter (A og B). Det forutsettes også at partene hverken uttrykkelig eller forut-

²⁵ Jf. Rt. 1927 s. 584, som gjaldt motregning etter konkursloven av 1883 § 119. Se også Sæbø (2003) s. 49 og s. 436

²⁶ Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994) s. 91, Hagstrøm (2011) s. 99

²⁷ Det kan diskuteres om Høyesterett kom til resultatet basert på tilordning, eller et gjennomskjæringssyn. Se Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994) s. 109

setningsvis kan sies å ha avtalt en motregningsrett.²⁸ Da må det gjøres unntak fra gjensidighetsvilkåret på annet grunnlag. Et mulig grunnlag for motregning er å se A og C, evt. B og C under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret. Dette diskuteres nærmere under 4.1. Et annet mulig grunnlag som diskuteres i 4.2 er at kravene er konnekse.

4 Mulige motregningsgrunnlag når gjensidighet ikke foreligger

4.1 Kan (og bør) selskaper i et konsern identifiseres i relasjon til gjensidighetsvilkåret?

4.1.1 Innledning

Når fordringene er oppgjørsmodne, komputable og består mellom de samme parter, vil en motregningsrett normalt oppfattes som rimelig og rettferdig.²⁹ Spørsmålet om selskaper i et konsern kan identifiseres i relasjon til gjensidighetsvilkåret bør derfor vurderes i lys av dette: Om det i visse tilfelle bør anses som *rimelig* å tillate motregning mellom eller overfor selskaper i samme konsern, selv når fordringene i utgangspunktet *ikke* består mellom de samme parter.

4.1.2 Hensynet bak det alminnelige gjensidighetsvilkåret

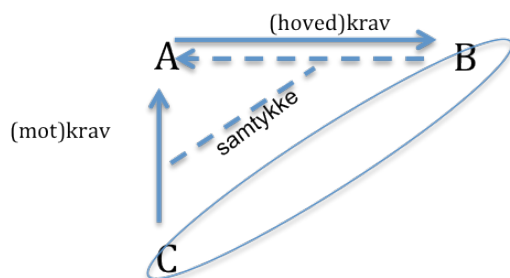
Vilkåret om at hovedkrav og motkrav må bestå mellom de samme parter kan i utgangspunktet virke opplagt. Kun den B som står i gjeld til A, og som i tillegg har et (mot)krav på A, kan normalt sies å ha en berettiget forventning om å gjøre opp sin gjeld til A med sitt

²⁸ I konserner hvor de samme personer sitter i alle selskapene, er det imidlertid ikke upraktisk at en slik forutsetning etter en alminnelig avtalerettslig vurdering må anses å foreligge, f.eks ut fra selskapenes mellomregningspraksis

²⁹ Se pkt. 2.2

eget krav på A. Når B ønsker å motregne i sin gjeld til A med krav på *tredjeperson C*, mangler denne gjensidigheten, og Bs forventning om å motregne overfor A er derfor i utgangspunktet ikke verneverdig. Bs motregning i gjeld til A med krav mot C vil også normalt innebære at As krav mot B innfris mot at A får et usikret regresskrav mot C (for å dekke dennes gjeld til B). I mangel av særskilt rettsgrunnlag må derfor Bs motregning i gjeld til A med krav på C være utelukket.³⁰ Arnholm uttaler videre at det ikke krever noen ”nærmere begrunnelse at man i almindelighet må kreve gjensidighet”.³¹

Begrunnelsen kan imidlertid bli satt på prøve i situasjoner hvor B ønsker å motregne sin gjeld til A med Cs krav på A. Dersom en tenker seg at C samtykker i at B kan motregne med Cs fordring på A, kan det være vanskelig å forstå hvorfor A skulle kunne nekte motregning.³² Det kan for eksempel tenkes at Bs datterselskap C samtykker i at B kan anvende Cs fordring på A til motregning i Bs gjeld til A.



Ut fra rene betalingssynspunkter kan det hevdes at A uansett må ha en forventning om å betale sin gjeld til C. At denne gjelden til C i stedet blir benyttet av B til avkortning av As krav på B, vil i sum ikke medføre noen realitetsendring for A.³³ A sitter igjen med like mye (eller lite) penger. Størrelsen på Cs fordring på A endrer seg ikke bare fordi det nå er B som anvender det til motregning. Som utgangspunkt må også A godta et kreditorskifte.³⁴

³⁰ Sæbø mener dette er ”åpenbart”, se Sæbø (2003) s. 50

³¹ Arnholm (1974) s. 195

³² Bergsåker (2011) s. 242, Torvund (1997) s. 85

³³ Lindskog (1993) s. 446

³⁴ Hagstrøm (2011) s. 884-885

Likevel er det klart antatt i teorien at selv i tilfelle hvor C samtykker i at B kan motregne med Cs krav på A, har ikke B adgang til å motregne overfor A med mindre det også foreligger konneksitet.³⁵

Spørsmålet blir derfor hvilke hensyn som ligger bak fastholdelsen av forbudet mot motregning ved manglende gjensidighet mellom A og B, selv når C samtykker til motregningen i en situasjon som over.

En innvending mot å *ikke* tillate motregning i disse tilfelle, er at C ellers bare kunne overdratt sitt krav på A, til B. Da må A som hovedregel respektere cesjonen, og gjensidighet mellom A og B ville bestått. Det kan derfor spørres hvorfor ikke B og C skulle kunne komme unna med å foreta noe *mindre* enn en ordinær overdragelse, nemlig samtykke.

På den annen side kan hensynet til at motregningsretten bør være utviklet for typetilfelle, og at rettsreglene på dette området bør være klare og forutsigbare, tale mot å utvide reglene.³⁶ I konkurs taler også hensynet til likebehandling av kreditorfellesskapet mot å utvide motregningsretten når de alminnelige vilkår etter deknl. § 8-1 ikke foreligger.

Dersom B ønsker å benytte Cs krav til motregning overfor A, så får C og B heller foreta en alminnelig overdragelse av kravet.³⁷ Også Sæbø peker på at i tilfelle hvor det ”rettmessig” kan stiftes motregningsrett ved at C overdrar sitt krav på A til B, er det ”neppe” noe ”reelt behov” for en rett for B til å motregne med Cs krav.³⁸

³⁵ Jensen (2007) s. 43-44, Sæbø (2003) s. 52, Arnholm (1939) s. 57

³⁶ Sæbø (2003) s. 39

³⁷ Arnholm (1939) s. 57-58, Lindskog (1993) s. 446

³⁸ Sæbø (2003) s. 51

Videre minnes det om at motregningsadgangen er en særlig sikkerhet til fordel for B og dennes motkrav på A. Denne sikkerheten i hovedkravet skal som nevnt tjene til å sikre B mot As eventuelle insolvens eller betalingsuvillighet. Av hensyn til A må det derfor være et krav at en slik sikkerhet i hovedkravet til fordel for B bare kan tilkjennes i de tilfelle hvor B har en ”berettiget og legitim interesse” i sikkerheten.³⁹ Når B ikke selv er i besittelse av et (mot)krav på A, kan det hevdes at det som utgangspunkt mangler en ”personlig relation” mellom A og B som kan gi B en slik ”berettiget” interesse i den særlige sikkerheten dette (mot)kravet innebærer.⁴⁰

Hensynet til A kan således tale mot overdragelser fra C til B som bare har til hensikt skape en motregningsadgang for B.⁴¹ Som Arnholm uttaler, kan det være ”hårdt nok” at A må tåle ethvert mellomværende med B gjort opp- ”så hårdt at man allerede *her* må gjøre innskrenkinger [nemlig de andre motregningsvilkårene]” (min uthv. og tilføyelse.).⁴² Det ville da bli for ”...ille om hele As synderegister skulde kunne trekkes inn”.⁴³ Også Hagstrøm uttaler at dette nærmest vil være å ”misbruke motregningsinstituttet”, og at det at overdragelse av kravet er mulig, derfor ikke er noe argument for at ”de to skal kunne nå sitt mål enda lettere” ved at C samtykker til motregning.⁴⁴ Sammen med det retts tekniske hensyn kommer således også hensynet til å unngå misbruk av den særlige sikkerhetsretten en motregningsadgang innebærer.

Dette må like fullt bare være et utgangspunkt. At B i visse tilfelle kan tenkes å ha en berettiget og legitim interesse i å motregne overfor A selv om gjensidighet ikke består, er det

³⁹ Jensen (2007) s. 44

⁴⁰ Jensen (2007) s. 44, Sæbø (2003) s. 52

⁴¹ Arnholm (1939) s. 58

⁴² *ibid.* s. 40

⁴³ *l.c.*

⁴⁴ Hagstrøm (2011) s. 733

blant annet eksempler på i dansk rettspraksis.⁴⁵ Når kravene er konnekse kan også selve *fordringsforbindelsen* skape en berettiget og legitim interesse for B i å motregne overfor A selv om gjensidighet mangler.⁴⁶ I det følgende undersøkes om det i norsk rett er mulig å identifisere to konsernselskaper i relasjon til gjensidighetsvilkåret. Deretter behandles (i 4.2) spørsmålet om når konneksitet foreligger, sett i lys av noen konsernrelaterte eksempler.

4.1.3 Rettslig utgangspunkt

Hovedregelen er at hovedkrav og motkrav må bestå mellom de samme parter. Det selskapsrettslige utgangspunkt er at hvert konsernselskap er en selvstendig juridisk person. Som for aksjonærer ellers gjelder også regelen om at et morselskap i egenskap av aksjonær ikke har noe medansvar for et datterselskaps forpliktelser, for eksempel overfor en ekstern kreditor, jf. asl. § 1-2 første ledd.⁴⁷ Dette innebærer at hvert konsernselskap har sine egne rettigheter og forpliktelser, og skal behandles for seg.⁴⁸

Konsernselskaper må derfor som utgangspunkt også anses som separate rettssubjekter i forhold til motregningsreglene, selv om de i andre relasjoner betraktes som et økonomisk fellesskap, f.eks etter asl. § 8-7 tredje ledd nr. 2 (selskaper innen samme konsern kan fritt gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for andre selskaper i samme konsern).⁴⁹

Saken for Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1960 s. 1399 illustrerer denne hovedregelen. Under akkordforhandlinger for 7 selskaper i et konsern kunne det faktum at det forelå mo-

⁴⁵ Se punkt 4.1.5 hvor dommen i UfR 1983.267 SøHa er et slikt eksempel

⁴⁶ Se nærmere om konneksitet i punkt 4.2

⁴⁷ Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994) s. 64

⁴⁸ Hagstrøm (2011) s. 734, Stølen (2004) s. 15,

⁴⁹ Stølen (2004) s. 26 flg.

menter som "...kunne veie meget tungt hvis det var spørsmål om det er *rimelig* å se selskapene under ett...", ikke "...føre til en avvikelse fra den rettsregel, at hvert rettssubjekt må behandles *særskilt* når det gjelder akkord."⁵⁰ (min uthv.) Etter norsk rett kan derfor ikke engang sterke rimelighetshensyn alene endre på dette utgangspunkt, i hvert fall ikke i en (nært forestående) insolvenssituasjon.

I Rt. 1997 s. 21 kom Høyesterett til at et morselskap (B) ikke overfor konkursboet (A) kan motregne med det erstatningskrav som datterselskapet (C) eventuelt hadde mot konkursboet. Høyesterett fant ikke at det var grunnlag for å *identifisere* morselskapet med datterselskapet som (mot)kravshaver. Til dette uttaler Høyesterett på s. 26 at:

"Til dette er å bemerke at selskapene var *egne rettssubjekter*, og at et nært forhold ikke uten videre gir grunnlag for å konstatere tap på morselskapets hånd selv om datterselskapet lider tap." (min uth.)

Retten kunne heller ikke se at det forelå

"...andre omstendigheter som kan føre til identifikasjon på kravshaversiden i *dette tilfellet*. *Nærheten i eierinteresser og virksomhet* kan, som jeg tidligere har vært inne på, ikke være tilstrekkelig." (min uth.)

Høyesterett synes således å ha slått fast at gjensidighetsvilkåret i dekl. § 8-1 første ledd i utgangspunktet er til hinder for at morselskap B kan motregne i *konkurs* med datterselskapet Cs krav mot A.⁵¹ Sæbø synes å mene at Høyesterett i denne dommen slår dette "klart" fast.⁵² Høyesteretts *ordbruk* synes imidlertid å åpne for at det i visse situasjoner *kan* foreligge andre "omstendigheter", som kan føre til identifikasjon på kravshaversiden. I *denne*

⁵⁰ Rt. 1960 s. 1399 s. 1400

⁵¹ Der fremgår det at den som ved konkursåpning har en "fordring på skyldneren" kan benytte den til motregning overfor en fordring som "da tilkommer skyldneren".

⁵² Sæbø (2003) s. 67

saken forelå det imidlertid ingen slike omstendigheter, og nærhet i eierinteresser og virksomhet kunne derfor *i seg selv* ikke være ”tilstrekkelig”.

Høyesteretts dom i Rt. 2006 s. 1361 illustrerer også situasjonen. Saken gjelder motregning i konkurs. Et aksjeselskap A var aksjonær i aksjeselskapet B. Da A etter hvert fikk likviditetsproblemer, solgte A mange av aksjene tilbake til B. Deler av beløpet skulle gjøres opp kontant, og deler av beløpet skulle gjøres opp ved motregning med en forfalt fordring på A. Innehaveren av fordringen på A, motfordringen, var ett av Bs utenlandske datterselskaper C. Mindre enn tre måneder senere ble det åpnet konkurs i A.

Høyesterett kom til at selskapene ikke hadde motregningsrett grunnet manglende gjensidighet. I dommens avsnitt 33 gjentas skifterettens utgangspunkt, som Høyesterett slutter seg til:

”Skifteretten, som lagmannsretten har sluttet seg til, har tatt utgangspunkt i at selv om Norinvest Ltd. [C] er datterselskap av Norgames AS [B], er gjensidighetsvilkåret ikke oppfylt da mor- og datterselskap er to selvstendige rettssubjekter som ikke kan identifiseres med hverandre i denne relasjon...”
(min tilføyelse)

Avslutningsvis vises det til Rt. 1903 s. 35, som også stenger for en slik identifikasjon.⁵³ B stod i gjeld til interessentskapet A grunnet materialleveranser. B var av den oppfatning at materialene ble levert av medlem C i samme interessentskap. Senere fikk B et krav mot C, som B ønsket å motregne i As krav. Høyesterett nektet motregning på grunn av manglende gjensidighet mellom A og B.

B kan på bakgrunn av det ovenstående motregne As (hoved)krav mot B, med sitt eget (mot)krav mot A, men ikke med krav mot As mor, datter- eller søsterselskap C, eller med

⁵³ Sæbø (2003) s. 66

Cs krav på A. Selskap A og C, evt. B og C, som inngår i samme konsern kan derfor som hovedregel ikke identifiseres i relasjon til gjensidighetsvilkåret.

4.1.4 Unntak fra hovedregelen?

Spørsmålet er om, og i tilfelle når det kan gjøres unntak fra denne hovedregelen. Spørsmålet er ikke direkte berørt i norsk Høyesterett- eller underrettspraksis. Det sees bort fra unntak fra gjensidighetsvilkåret ved konnekse krav i denne omgang.

Dansk rett åpner imidlertid for et slikt unntak. Selv om dansk rett ikke vil ha direkte rettskildemessig relevans ved tolkningen av norsk rett, anser Høyesterett i enkelte tilfelle utenlandske rettskilder som relevante. Et eksempel er Rt. 1995 s. 91, hvor Høyesterett blant annet tar i betraktning *tysk* rett. Dansk rett ligger også generelt nært norsk rett, herunder på motregningsrettens område. Den danske konkurslovens § 42 første ledd, som regulerer motregningsadgangen i konkurs, er for eksempel bygget over samme lest som den norske dekningslovens § 8-1.⁵⁴

”Den, som på fristdagen havde en *fordring på skyldneren*, kan, selv om fordringen ikke var forfalden, benytte den til modregning med dens fulde beløb over for en fordring, som da *tilkom skyldneren*, med mindre modregning var udelukket på grund af fordringernes beskaffenhed”.⁵⁵ (min uth.)

For øvrig er de materielle motregningsvilkårene såpass enhetlige mellom de nordiske landene at en kan tale om nordisk ”rättsdisiplin”.⁵⁶ De få lovbestemmelser om motregning som finnes er også nesten uten unntak likelydende i de ulike rettsordningene.⁵⁷

⁵⁴ Deknl. ble til som resultat av nordisk samarbeid om reform av konkurslovgivningen, se Sæbø (2003) s. 423

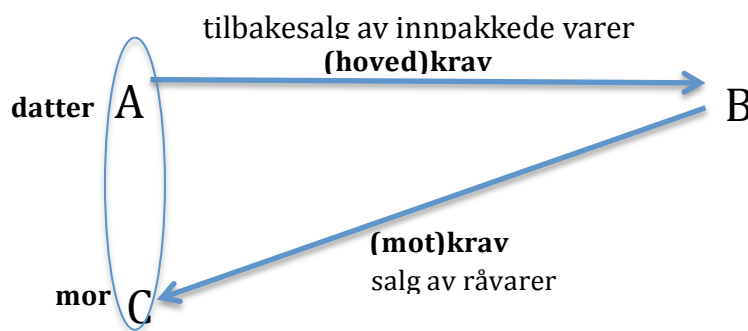
⁵⁵ Sitert etter dansk karnov online

⁵⁶ Lindskog (1993) s. 28

⁵⁷ l.c.

Argumentene som blir presentert i dansk rettspraksis er derfor relevante. I det følgende vil jeg gjennomgå relevant rettspraksis, og se på i hvilke situasjoner en utvidet motregningsrett for B har blitt akseptert, evt. ikke akseptert. Grunnet det relativt begrensede tilfang av rettspraksis rundt spørsmålet, foretas det ikke noen sonndring av dommer etter hva slags *grunnlag* krav og motkrav hviler på (avtale, regress, mv.). Kravenes grunnlag kan imidlertid ha betydning for adgangen til en utvidet motregningsrett. Dette kommenteres underveis. Jeg vil først se på tilfelle der B ønsker å motregne i gjeld til A med krav mot C (situasjon 1). Deretter vil jeg se på situasjoner hvor B ønsker å motregne i gjeld til A med Cs krav mot A (situasjon 2).

I UfR 1983 s. 267 SøHa (Sø- og Handelsretten) bestod et konsern K av morselskapet C og datterselskapene A, D, E og F. B hadde siden begynnelsen av 1960- tallet levert (solgt) råvarer og emballasje til K (ved morselskap C). Disse råvarene inngikk deretter i ferdigvarer, som K (ved C) tilbakesolgte til B, innpakket emballasje. Konsernforholdet ble etablert ved opprettelse av datterselskaper i perioden 1962-1978. Det var tanken at (saksøker) A skulle forestå leveransene til B etter at selskapet inngikk i konsernet fra 1975. I april 1980 stanset K (ved morselskap C) sine betalinger til B.



Spørsmålet i saken var om B var berettiget til å motregne sin gjeld til datterselskapet A for mottatte ferdigvarer (etter 1975), med sitt krav på K (ved morselskap C) for tidligere

leverte råvarer og egen emballasje. B erklærte motregning, som ble bestridt under henvisning til at hovedkravet tilhørte A mens motkravet rettet seg mot C.

Innledningsvis bemerker retten på s. 272 utgangspunktet om at en ”forretningsmessig forbindelse” med forskjellige selskaper innen samme konsern må vurderes som ”vedrørende hvert selskab for sig”, og at det ikke kan foretas ”modregning i et krav fra et selskab med et krav på et andet selskab inden for koncernen”. Ifølge retten kan denne hovedregelen kun fravikes under ”ganske *særlige* omstændigheder”. Retten fant at det forelå slike omstendigheter i den aktuelle saken. Det sentrale i rettens vurdering var at forretningsforbindelsen med morselskap C i *realiteten* fortsatte helt uendret etter opprettelsen av datterselskaper i perioden 1962-1978.

Retten peker på at *funksjonene* i konsernet ikke ble holdt klart atskilt. B hadde blant annet stilt sine gjeldsbekreftelser til henholdsvis C og A, A hadde ved en anledning betalt Bs krav mot C, og ved en annen anledning hadde A akseptert en motregning fra B.⁵⁸

Retten peker videre på at Bs kontakt med konsernet ”ofte” hadde skjedd gjennom de ”samme personer”. Blant annet viste møtereferater og korrespondanse at det i As forhandlinger med B også var inkludert spørsmål som vedrørte Bs levering av råvarer til ”koncernen” (C). I tillegg peker retten på at selv om B måtte være klar over at det etter hvert inngikk flere selskaper i konsernet, måtte B

”...ved samtale med koncernens ledelse...få det indtryk, at opdelingen var *uden reel betydning*, et indtryk, der kun kunne bestyrkes gennem det løbende samarbejde, og at det syntes at bero på *tilfældigheder*, at salget til sagsøgte netop blev bogført i I. Pedersens Fabrikker A/S [A].” (min tilføjelse og uthv.)

⁵⁸ UfR 1983.267 s. 272

For det tredje uttaler retten på s. 272 at:

“Under disse omstændigheder findes opdelingen af Thor-koncernen at have haft en så *løs og formel karakter*, at sagsøgte, Slagteriernes Fællesindkøbsforening [B] a.m.b.a., har været berettiget til at bringe krav på koncernen [C] -- et krav, der i det foreliggende tilfælde vedrører varer, som i det væsentlige er medgået til fremstilling af færdigvarer, som sagsøgte [B] har aftaget fra koncernen -- i modregning over for et, formelt koncernens datterselskab I. Pedersens Fabrikker A/S [A], men *reelt koncernen som sådan* [C] tilkommende krav.” (min tilføjelse og uthv.)

Et ytterligere moment som nok også hadde betydning for avgjørelsen, var at de fleste selskapene hadde samme ledelse, revisor og adresse, samt at regnskapene for 1978 og 1979 viser at det har vært mellomregning mellom morselskapet og datterselskapene.⁵⁹ En redegjørelse til kreditorene etter betalingsstansen i 1980 underbygger også resultatet i dommen. I brevet står det at konsernets oppbygning kun var ”delvis rationelt begrundet”, og at fordelingen av debitorer og kreditorer mellom de enkelte konsernselskaper i ”høj grad syntes baseret på historiske eller helt tilfældige omstændigheder.”⁶⁰

Dommen indikerer at når B ønsker å motregne *overfor* et konsern, vil etter dansk rett de *reelle* forhold med hensyn til hvem krav og motkrav vedrører kunne ha avgjørende betydning for en (utvidet) motregningsadgang ved *identifikasjon* mellom to konsernselskaper. Hensynet til at B ville bli urimelig dårlig stilt dersom en kun skulle sett på de formelle krav- og motkravssubjektene synes også å ha spilt en viktig rolle i avgjørelsen.⁶¹ Siden dommen er såpass konkret begrunnet er det på den annen side vanskelig å utlede flere

⁵⁹ UfR 1983 s. 267 s. 268

⁶⁰ l.c.

⁶¹ Pedersen (1985) s. 354

generelle retningslinjer av den.⁶²

At det skal ”særlige omstendigheder” til for å identifisere to selskaper i relasjon til gjensidighetsvilkåret illustreres imidlertid ved at det i flere tilfelle i dansk rettspraksis stenges for en slik adgang.

I dommen i UfR 1959.627 H (Højesteret) ble B nektet å motregne med krav mot C i As krav mot B. B hadde i 1957 bestilt aluminisering av 80 000 paraboler til dynamolykter fra A. Prisen for arbeidet og leveringstiden ble avtalt direkte mellom A og B, mens A henviste B til å avtale selve betalingen med firma C, som administrerte det kontormessige arbeidet for A. B betalte kun deler av det avtalte vederlag innen fristen. B gjorde gjeldende at restgjelden til A kunne motregnes med et (mot)krav B hadde på C, som relaterer seg til et tidligere erstatningskrav B har gjort gjeldende mot C i en annen parallell sak. Som grunnlag for dette anførte B at As (hoved)krav mot B i *realiteten* ikke tilkom A, men C. B anførte blant annet at han mente å ha bevis for at det forelå et ”financieringsforhold” mellom A og C, og at begge firmaenes regnskaper har vært sammenblandet.⁶³

B ble ikke gitt medhold verken i Sø- og Handelsretten eller i dansk Høyesterett. Dansk Høyesterett slutter seg til begrunnelsen i den tidligere instansen, som er at:

”Sagsøgte [B] ordre er afgivet til sagsøgeren [A], og ... fakturaerne er udskrevet i sagsøgerens [As] navn, hvortil kommer, at sagsøgte [B] selv i sin bogføring har holdt sine mellemværender med de to firmaer adskilte.” (min tilføyelse)

Højesteret uttaler videre at B av de i Sø- og Handelsrettens dom anførte grunner ikke ”har

⁶² Pedersen (1985) s.355

⁶³ UfR 1959.627 H s. 629

haft føje til at gå ud fra, at skylden kunne modregnes med appellantens [Bs] krav på firmaet C.” (min tilføjelse.). At C generelt hadde tatt hånd om det administrative arbeidet for A, og konkret hadde avtalt betalingen med B, var med andre ord ikke tilstrekkelig til å gi B en berettiget forventning om å kunne motregne gjelden til A med et tidligere krav på C.

Dommen har visse likheter til Rt. 1903 s. 35, som er omtalt over. Også i denne dommen dreier det seg strengt tatt ikke om en B som ønsker å motregne overfor et *konsernselskap* A med krav mot *konsernselskap* C. Den ekstra tilknytningen og sammenblandingen mellom selskap A og C som ellers kan være tilfelle i konsernforhold mangler således, jf. f.eks dommen i UfR 1983.267 SøHa.

Et annet tilfelle hvor B ble nektet å motregne med krav mot C i As krav mot B, var i UfR 1911.73 H. Siden slutten av januar 1909 hadde A overtatt og drevet Cs bokbindervirksomhet for egen regning og risiko.

B hadde unnlatt å betale A for arbeid og varer utført og levert *etter* overtakelsen. Som begrunnelse for dette anførte B at han kunne bringe til motregning de krav han *tidligere* hadde ervervet overfor C, mot As fordring på betaling for utført arbeid *etter* overtakelsen i januar 1909. Høyesteret viser til at B var eller i alle fall ”burdet være klar” over at Cs virksomhet fra januar 1909 var drevet av A for egen regning og risiko.⁶⁴

Adgangen til å se A og C under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret må derfor vurderes i lys av Bs forventninger mht. det avtalerettslige partsforhold. Bs ønske om å kunne motregne sin gjeld til (konsern)selskap A med sitt krav mot (konsern)selskap C, forutsetter nettopp at B i utgangspunktet ikke kan rette betalingskrav mot A. Det er C som er skyldner for Bs krav. Situasjonen er altså, ved *avtalebaserte* krav, at avtalen som danner grunnlaget for

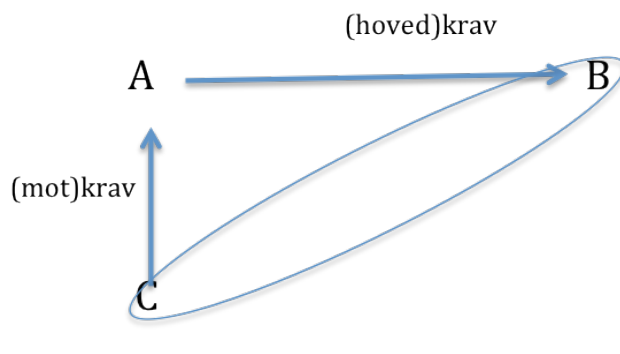
⁶⁴ UfR 1911.73 H s. 75

motkravet er inngått mellom B og C, mens avtalen om hovedkravet er inngått mellom B og A.

Når B ikke kan kreve betaling av det selskap A han står i gjeld til, fordi B etter alminnelig avtalerettslige prinsipper ikke har vernede forventninger om at det er dette selskapet som er debitor for kravet, kan det være vanskelig å begrunne hvorfor en skal betrakte C og A under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret.⁶⁵ Å gi B en motregningsrett i slike tilfelle må derfor kreve en ”særlig omstændighed”, slik tilfellet var i UfR 1983.267 SØHa. Uten at retten nevner det direkte, må det antas at B grunnet de konkrete omstendigheter i *denne* situasjonen hadde en berettiget forventning om å kunne motregne.

Kravet om ”særlige omstændigheder” i dansk rett kan derfor presiseres dithen at det må foreligge særlige omstendigheter som gir B en berettiget forventning om motregningsrett. I disse situasjonene vil en motregningsrett for B normalt oppfattes som rimelig. Som jeg kommer tilbake til under kapittel 4.2, er også rimelighet et ledd i vurderingen av utvidet motregningsrett ved konneksitet.

En annen situasjon er tilfelle hvor et (mor)selskap B ønsker å benytte en fordring tilhørende et annet nært tilknyttet (datter)selskap C for å kvitte seg med egen gjeld overfor en ekstern A.



⁶⁵ Sæbø (2003) s. 65

I UfR 1967 H s. 48 (Højesteret) drev B en entreprenørvirksomhet, og var sammen med sin bror innehaver av interessentskapet C, som eide en betongvarefabrikk. Aksjeselskapet A hadde fra 1952 utført entreprenørarbeider for B, og siden 1961 hadde A også kjøpt sine betongvarer fra fabrikkens til C. Konkurs ble åpnet i A i 1964. På dette tidspunkt skyldte B kr 8000 til A, mens boets (As) gjeld til C var på 26 000 kr.

I likhet med underinstansen kom Højesteret til at B ikke kunne motregne boets (As) krav mot B på 8000 kr, mot C sitt krav mot boet (A) på 26 000 kr. På dommens side 51 nevner retten (som Højesteret senere slutter seg til) at:

”...betongvarefabrikken [C]...findes at have haft en så *selvstændig* stilling i forhold til sagsøgerens [Bs] egen virksomhed, at sagsøgeren [B], der ikke ses at have optrådt som salgskommissionær for fabrikken [C], ikke kan anses som kreditor med hensyn til fabrikkens [Cs] fordring på de sagsøgte [A].” (min tilføjelse og uthv.)

Trolle har videre i sin kommentar til dommen uttalt at

”Hvis det ene eller begge firmaer var et *aktieselskab*, ville der...*ikke være tvivl* om, at modregning mellem det enes krav og det andets skyld ville være udelukket.”⁶⁶ (min uthv.)

Hadde begge firmaene i *denne* saken vært aksjeselskaper, ville det således ifølge Trolle ikke vært tvil om at motregning var utelukket. Dette må leses i sammenheng med Trolles tidligere uttalelse på samme side, om at en oppdeling i aksjeselskaper ”naturligvis *klart ville udskille dem*” (min uthv.) og således utelukke motregning.

I samme retning går en landsrettsdom i UfR 1982 s. 689. Selskapet B hadde gjeld til firmaet A (som var under konkurs) for utført godstransport. B krevde å motregne boets krav

⁶⁶ Trolle (1967) s. 90

om betaling med en fordring som Bs heleide datterselskap C hadde på A for reparasjoner av As vogner. Retten kom til at motregning ikke kunne skje.

Avgjørende for retten var, som uttalt på s. 691, at A var ”bekendt” med at det hadde kontrahert med ”forskellige selskaper”, og A kunne derfor ikke ha gjort *sitt* krav mot B gjeldende mot Bs datterselskap C. Videre uttaler retten at til tross for det anførte om den ”nære økonomiske forbindelse” mellom B og datterselskapet C, foreligger det ikke i forholdet mellom disse selskaper den ”for modregning *fornødne* identitet.” (min uthv.)

Å betrakte flere *aksjeselskaper* i samme konsern som en enhet i relasjon til motregning synes derfor i utgangspunktet å være utelukket også etter dansk rett.⁶⁷ Det forklarer uttalelsen i UfR 1983 s. 267 om at det i motsatt fall må ”særlige omstændigheder” til, for eksempel at adskillelsen er ”uden realitet”.

Situasjonen i de to sistnevnte dommene skiller seg fra situasjonen i dommene nevnt innledningsvis, der det var en *ekstern* B som ønsket å motregne gjeld til A med *sitt* krav mot (As nært tilknyttede) selskap C. Foruten at det i de to siste dommene ikke synes å ha foreligget slike ”særlige omstændigheder” som taler for å identifisere selskapene med hverandre, kan resultatet også synes å hvile på den betraktning at det synes mindre *rimelig* å akseptere at B motregner med Cs krav på A. I motsetning til de førstnevnte dommene, har B i disse tilfelle ikke noe *eget* krav mot verken C eller A. Bs forventning om å kunne motregne må presumtivt være svakere når han kun er debitor for en fordring, og ikke samtidig også kreditor for en annen fordring.⁶⁸

⁶⁷ Munch (1983) s. 153

⁶⁸ Jensen (2007) s. 44

Om disse tilfelle har Høyesteretsdommer Mogens Munch fremholdt at det er en

”nærliggende betragtning, at den [B] der *vælger* at drive virksomheder i forskjellig form og under forskjellige navne, ikke samtidig *kan forlange dem betragtet som en enhed*, når det passer bedst...”⁶⁹ (min uth. og tilføyelse)

Synspunktet synes med andre ord å være at når B i andre sammenhenger nyter fordeler av å organisere virksomheten sin under ”forskellige navne” (eksempelvis i skattesammenheng), kan ikke B samtidig forlange at virksomheten blir betraktet som en enhet i relasjon til motregningsadgangen og på den måten få i pose og i sekk. Til dette kommer at det forutsettes som en ”selvfølge” at

”adskillelse i form af aktieselskaber vil udelukke modregning mellem en fordring, der tilkommer et selskab, og en fordring, der påhviler et andet selskab.”⁷⁰

Herfra kan det imidlertid ikke med ”sikkerhed” sluttet

”...at også [den eventuelle] modparten [B], der *ikke* kan sies at være bundet ved et valg, i henseende til sin adgang til modregning under *alle omstændigheder* skal betragte de forbundne foretagender som adskilte rettssubjekter...”⁷¹ (min uthv.)

Den eksterne B som ønsker å motregne i gjeld *overfor* et konsern med et krav han selv har mot ett av selskapene, synes således etter Munchs mening i større grad å burde kunne betrakte konsernets ”foretagender” som en enhet. En slik omstendighet hvor B *ikke* bør betrakte selskaper i et konsern som atskilte rettssubjekter, forelå i den nevnte dommen i UfR

⁶⁹ Munch (1983) s. 153

⁷⁰ l.c.

⁷¹ l.c.

1983 s. 267 SØHa. Der hadde B i alle år hadde hatt et fast forretningsforhold med (mor)selskap C, som siden valgte å organisere seg i flere datterselskaper. Ørgaard uttaler også i relasjon til ovennevnte dom at dersom konsernselskaper ikke har vært ”tilstrekkelig skarpt adskilt fra hinanden”, vil selskapene etter ”omstændighederne” i relasjon til modregning kunne betraktes som en ”enhet”.⁷²

Når det gjelder adgangen til identifikasjon etter *norsk* rett, synes på den annen norsk teori å være mer restriktiv. Sæbø ser i utgangspunktet ikke ”noen grunn” til å se konsernselskaper under ett i tilfelle hvor B *inngår* i et konsern, og hvor et annet konsernselskap Cs krav mot A ønskes motregnet i As krav mot B.⁷³ Sæbø uttaler videre at løsningen er ”enda klarere her” (når B inngår i et konsern med C) enn når det er spørsmål om B kan ”motregne overfor et konsern” (med krav mot C).⁷⁴ Bergsåker stiller seg også avvisende til at mor- og datterselskaper kan identifiseres med hverandre i forhold til reglene om motregning.⁷⁵

Ved motregning som erklæres av eller overfor *staten*, er det på den annen side i teorien antatt at staten bør sees som en enhet i relasjon til gjensidighetsvilkåret.⁷⁶ Det faller imidlertid utenfor oppgavens rammer å behandle dette nærmere. Fordi reglene på forskjellige rettsområder bæres av ulike hensyn, innebærer heller ikke identifikasjon i én relasjon nødvendigvis identifikasjon i andre relasjoner.⁷⁷

⁷² Ørgaard (2002) s. 175-176

⁷³ Sæbø (2003) s. 67

⁷⁴ l.c.

⁷⁵ Bergsåker (2011) s. 243

⁷⁶ Sæbø (2003) s. 62, i samme retning går også dansk teori, se Munch (1983) s. 151-153

⁷⁷ Pedersen (1985) s. 352-353

4.1.5 Oppsummering og konklusjon

Det finnes ikke norsk rettspraksis der konsernselskaper har blitt sett under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret i motregning. Rettspraksis utelukker også ganske klart en mulig identifikasjon i slike tilfelle.⁷⁸ Rt. 1997 s. 21 synes imidlertid å åpne for at det kan foreligge ”andre omstendigheter” som *kan* føre til identifikasjon, men at ”nærhet i eierinteresser og virksomhet” ikke kan være tilstrekkelig.⁷⁹

I dansk rett åpnes det for et slikt unntak, i tilfelle hvor det foreligger *særlige* omstendigheter som gjør det *rimelig* å tilkjenne B en (utvidet) motregningsrett. Dette er gjennomgående situasjoner hvor B kan sies å ha vernede forventninger om å kunne motregne. En slik utvidet motregningsrett synes i utgangspunktet bare å kunne bli ansett som rimelig i tilfelle hvor det er tale om en ekstern B som ønsker å motregne *overfor* (konsern)selskap A med krav på (konsern)selskap C.⁸⁰ Sentrale momenter i dansk rett er hvorvidt konsernoppdelingen kan synes å ha noen realitet utad, og om det må anses tilfeldig hvilket selskap som er kreditor og debitor i forhold til krav mot B.

Hvor B *inngår* i et konsern (eller i et nært forhold) med C, og ønsker å benytte Cs krav mot A til motregning i Bs gjeld til A, synes på den annen side adgangen til en utvidet motregningsrett etter dansk rett å være mer begrenset. Dette gjelder særlig ved motregning i konkurs. Ut fra den danske rettspraksis jeg har funnet har B heller ikke fått medhold i en slik situasjon, i motsetning til tilfelle der B ønsker å motregne *overfor* et konsern (riktignok utenfor konkurs).

⁷⁸ Se bl.a. Rt. 2006 s. 1361, avsnitt 33

⁷⁹ Rt. 1997 s. 21 på s. 26

⁸⁰ Se UfR 1983.267 SøHa

I mangel av et konkret tilfelle i norsk rett hvor konsernselskaper har blitt identifisert i relasjon til gjensidighetsvilkåret, kombinert med mangelen på et klart unntak i rettspraksis og teori for å anerkjenne en identifikasjon, er konklusjonen at et *eget* slikt unntak de lege lata ikke kan oppstilles.

4.1.6 Avsluttende bemerkninger

Hensynet til rimelighet går som en ”rød tråd” gjennom hele motregningsretten.⁸¹ Når norsk rettspraksis i de ovennevnte tilfelle ikke har akseptert å se to selskaper under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret, beror dette ikke alltid alene på en manglende *rimelighet* i å tilkjenne B motregningsrett. Selv om det i Rt. 1960 s. 1399 forelå momenter som kunne veie ”... meget tungt hvis det var spørsmål om det er *rimelig* å se selskapene under ett” (min uthv.), kunne likevel ikke dette føre til en fravikelse av den ”klare rettsregel” om at hvert rettssubjekt behandles særskilt (under akkordforhandling).⁸² Dette illustrerer at utgangspunktet i norsk rett om at to selskaper ikke kan identifiseres står sterkt.

Selv om retten ikke uttaler det direkte i de ovennevnte dommene, kan det forhold at det (i flertallet av dem) er tale om motregning i konkurs være et tungtveiende moment mot en utvidet motregningsrett. En utvidet motregningsrett i konkurs har større betenkeligheter enn en utvidet motregningsrett utenfor konkurs. Hensynet til likebehandling av kreditorer ivaretas gjennom de preseptoriske regler om motregning i konkurs i dekningslovens kapittel 8, herunder kravet om gjensidighet.⁸³ Dette taler i seg selv sterkt mot å akseptere en utvidet motregningsrett i konkurs.

Hvorvidt, og evt. under hvilke omstendigheter konsernselskaper etter norsk rett skal kunne

⁸¹ Jf. kap. 2.2

⁸² Rt. 1960 s. 1399 s. 1400

⁸³ Sæbø (2003) s. 423

identifiseres i relasjon til gjensidighetsvilkåret, må lovgiver og Høyesterett ta stilling til. Basert på uttalelsene i Rt. 1997 s. 21 og synspunktene nevnt over, må det imidlertid antas at det kreves *særlig* spesielle omstendigheter for å kunne foreta en slik identifikasjon, spesielt i konkurstilfelle.

Etter dansk rett er det ikke uttalt at unntaket fra gjensidighetsvilkåret er begrenset til tilfelle utenfor konkurs. Den ene danske dommen som tilkjenner B en utvidet motregningsrett gjaldt imidlertid *utenfor* konkurs. Tatt i betraktning de særlige (kreditor)hensyn som gjør seg gjeldende ved en utvidet motregningsrett *i* konkurs, må det derfor antas at kravet til ”særlige omstendigheder” skjerpes i disse tilfelle. Trolle uttaler også at

”Det privilegium, som modregning i konkurs betyder, er...sammen med andre konkursprivilegier ude for en viss modvind, og med nogen rette; det forekommer ikke særlig fristende efter en identifikationsbetragtning at *udvide* den eksisterende adgang til modregning til fordel for større kreditorer [B], der mener i andre henseender at kunne have fordel af at opdele deres virksomheder i et mere eller mindre kompliceret system af undervirksomheder [C, D...], selvom disse ikke bygges op som aktieselskaber, hvad der naturligvis *klart* ville udskille dem og udelukke modregning.”⁸⁴ (min uthv. og tilføjelse)

At også konsernselskapenes konkursboer *kan* identifiseres er imidlertid forutsatt i dansk teori. Det vises til Ørgaard, som uttaler at dersom konsernselskaper ikke har vært ”tilstrekkelig skarpt adskilt fra hinanden”, vil selskapsboene etter ”omstendighederne” i relasjon til motregning kunne betraktes som en enhet.⁸⁵ I motsetning til norsk rett, har således dansk rett på motregningsrettens område vist en større tilbøyelighet til å åpne for en konkret rimelighetsvurdering der reelle forhold ved selskapene gjør at de utad for tredjepart fremstår som en enhet.

⁸⁴ Trolle (1967) s. 90

⁸⁵ Ørgaard (2002) s. 175-176

Norsk rett kan derfor sies å være mer konsekvent og tro mot de sentrale retts tekniske hensyn på motregningsrettens område, herunder hensynet til klarhet og forutberegnelighet.⁸⁶ På dette felt synes Svensk rett å ligge nærmere norsk rett. Lindskog uttaler at i hvert fall i de ”kritiske [konkurs] kvitningsfallen” (min tilføyelse) bør svaret på om B kan motregne med et nærstående selskap Cs fordring være ”nekande”, og at grensen for motregningsretten må ”dras någonstans”.⁸⁷ Når dansk rett krever ”særlige omstændigheder” for å utvide motregningsretten, blir imidlertid disse hensyn fortsatt langt på vei ivaretatt.

Domsresultatet i UfR 1983.267 SøHa kunne imidlertid tenkes å ha blitt det samme etter norsk rett. Et mulig grunnlag kunne være at hovedkravet ble ansett stiftet til fordel for C (som stod i gjeld til B). Slike tilfelle vil ikke behandles nærmere i oppgaven. Alternativt kunne grunnlaget være unntak fra gjensidighetsvilkåret ved motstående *konnekse* krav.⁸⁸ I den rettspraksis som er gjennomgått over ble konneksitet overhodet ikke behandlet av retten. En nærliggende årsak til det er at *kravene* i seg selv hadde for fjern tilknytning til hverandre til å kunne være konnekse. En annen grunn kan være at identifikasjonsvurderingen i som de *danske* dommene åpner for, er såpass bred at det ikke hadde fått selvstendig betydning å drøfte konneksitet i tillegg.⁸⁹

I det følgende vil jeg derfor gå nærmere inn på når konneksitet må anses å foreligge etter norsk rett.

⁸⁶ Sæbø (2003) s. 39, jf. kap. 4.1.2

⁸⁷ Lindskog (1993) s. 39

⁸⁸ Sæbø (2003) s. 67

⁸⁹ I UfR 1983.267 ble konneksitet anført, men ikke kommentert av retten

4.2 Om konneksitet i konsernforhold

4.2.1 Innledning

Etter norsk rett kan ikke rimelighet og realitetssynspunkter alene medføre at B får en motregningsrett til tross for manglende gjensidighet.

Når hovedkrav og motkrav har *nær tilknytning* til hverandre, vil imidlertid berettigelsen av motregning ofte fremstå som sterkere enn ellers.⁹⁰ Med konneksitet siktes det til at det foreligger en *særlig tilknytning* mellom hovedkrav og motkrav som gjør det rimelig å tilkjenne B en rett til å motregne, selv om motregning ellers ville vært avskåret.⁹¹ Denne tilknytningen omtales ofte også som at kravene må springe ut av ”samme rettsforhold”.⁹² Konneksitet er med andre ord ikke et alminnelig vilkår for motregning, men kan medføre at motregningsretten utvides.⁹³

Det er sammenhengen mellom *kravene*, og ikke individuelle forhold hos A og B som er avgjørende for om kravene er konnekse.⁹⁴ I forlengelsen av dette kan konneksitet sies å foreligge når det er en så nær sammenheng mellom fordringene at de grunner som normalt utelukker motregning ikke lenger kan antas å veie tyngst.⁹⁵

Det kan foreligge en tilstrekkelig sammenheng eller innbyrdes forbindelse (heretter anvendes samlebegrepet *tilknytning*) mellom fordringene *uten* at denne relaterer seg til det ”samme rettsforhold”. Det kan således være tilslørende å begrense definisjonen av konnek-

⁹⁰ Bergsåker (2011) s. 235

⁹¹ Sæbø (2003) s. 190

⁹² Rt. 1992 s. 504 på s. 507. Sæbø (2003) s. 190, Bergsåker (2011) s. 236.

⁹³ Sæbø (2003) s. 190, Bergsåker (2011) s. 236

⁹⁴ Sæbø (2003) s. 210, Jensen (2007) s. 201

⁹⁵ Jensen (2007) s. 27, Bergsåker (2011) s. 235

sitet til at kravene må springe ut av ”samme rettsforhold”.⁹⁶ I min fremstilling vil jeg derfor anvende følgende mer åpne målestokk når jeg diskuterer konneksitet: Om *tilknytningen* mellom kravene er tilstrekkelig til at konneksitet foreligger.

4.2.2 Sentrale hensyn

Siden allerede den alminnelige motregningsretten begrunnes med at motregning er rettferdig og rimelig, kan en si at det anses som *særlig* rimelig at B kan motregne ved konnekse krav.⁹⁷ Når kravene er konnekse, kan dette uttrykkes som at *fordringsforbindelsen* mellom hovedkrav og motkrav skaper en ”berettiget og legitim interesse” i den sikkerhet en motregningsrett for B innebærer.⁹⁸ Dette kommer til uttrykk ved at motregningsretten utvides, for eksempel at det *generelt* er lagt til grunn at B kan motregne med konnekse krav uten at det foreligger gjensidighet.⁹⁹

I denne oppgavens sammenheng innebærer dette mer konkret at B kan motregne med egne konnekse krav mot C i sin gjeld til A, eller med Cs konnekse krav mot A i As krav mot B.¹⁰⁰ Motregning med Cs krav mot A forutsetter foruten konneksitet også at motregningen er rettmessig i forhold til til C, som normalt innebærer at C må ha samtykket i Bs motregning.¹⁰¹ Dette forutsettes i det følgende.

Foruten rimelighetshensyn, er det også vanlig å fremheve retstekniske hensyn. Dette skyldes at det kan være vanskelig å trekke grensen mellom innsigelser mot hovedkravet og konnekse motkrav. Det bør ikke være avgjørende for partenes rettsstilling om Bs posisjon

⁹⁶ Sæbø (2003) s. 190

⁹⁷ *ibid.* s. 191

⁹⁸ Jensen (2007) s. 44, se også kap. 4.1.2

⁹⁹ Sæbø (2003) s. 213, Jensen (2007) s. 39

¹⁰⁰ Se hhv. Jensen (2007) s. 83 og s. 43, Sæbø (2003) s. 213

¹⁰¹ Sæbø (2003) s. 213, Jensen (2007) s. 41

er en innsigelse eller et konnekst motkrav.¹⁰² Dette har nær sammenheng med rimelighetsbetraktninger som nevnt foran.

I Rt. 1907 s.834 uttaler Høyesterett på s. 836 at det kan

”være en Smagsag, enten man vil sige, at der her er Spørgsmål om en Formindskelse i den skyldige Kjøbesum, eller om en Modfordring til Likvidiation i Kjøbesummen.”

og at det urimelige ved å nekte motregning ”træder stærkt frem netop i en Sag som den foreliggende.” Som utgangspunkt bør B derfor kunne motregne med konnekse krav på samme måte som han kan reise innsigelser mot hovedkravet.¹⁰³ Også *As* større eller mindre berettigede forventning om oppgjør av (hoved)kravet uten dekning av (mot)kravet er derfor relevant å ta i betraktning.¹⁰⁴

Lindskog sonderer også mellom ”strikt” og ”enkel” konneksitet, som utvider Bs motregningsrett i større eller mindre grad ettersom den ene eller andre formen for konneksitet foreligger.¹⁰⁵ Dette er imidlertid kun hjelpebegreper som i seg selv er uten betydning for løsningen av de enkelte rettsspørsmål.¹⁰⁶ Selv om konneksiteten ikke er ”strikt”, kan den lede til utvidet motregningsrett.¹⁰⁷ Jeg vil derfor ikke benytte disse begrepene videre i fremstillingen, men heller fokusere mer generelt på i *hvilke tilfelle* konneksitet må anses å foreligge, med særlig henblikk på situasjoner i konsernforhold.

Poenget er at kravenes tilknytning til et felles rettsforhold kan være sterkere eller svakere, og konneksitet er derfor ikke noe skarpt avgrenset fenomen. Av denne grunn blir det mer

¹⁰² Sæbø (2003) s. 191

¹⁰³ *ibid.* s. 196

¹⁰⁴ *ibid.* s. 194, Arnholm (1939) s. 120

¹⁰⁵ Lindskog (1993) s. 82-83

¹⁰⁶ Sæbø (2003) s. 193

¹⁰⁷ Lindskog (1993) s. 398

naturlig å snakke om *grader* av konneksitet.¹⁰⁸ En blir nødt til ut fra omstendighetene i det konkrete tilfellet å avgjøre om det foreligger en slik grad av konneksitet at B kan motregne.¹⁰⁹ Det må foretas en ”sammensatt vurdering” av de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle motregningssituasjon.¹¹⁰

4.2.3 Avgrensninger og presiseringer

I tilfelle hvor gjensidighet mangler mellom A og B, og det anerkjennes en utvidet motregningsrett for B ved konnekse krav, må det foretas en avgrensning mot krav som ikke er konnekse.¹¹¹ Ved lov- og avtalebestemmelser om utvidet motregningsrett ved konnekse krav er det opp til en tolkning av loven eller avtalen hva som anses som konnekse krav.¹¹² I min fremstilling vil ikke slike lov- og avtalebestemmelser behandles. Fokuset vil være på hva som generelt anses som konnekse krav i *mangel* av lov eller avtale.

I konsernforhold er det ikke upraktisk at de aktuelle fordringene mellom selskapene *ikke* baserer seg på en konkret kontrakt. Det kan for eksempel tenkes et morselskap A som dekker datterselskapene B og Cs løpende eksterne kostnader, ved jevnlig overføringer til B, som deretter dekker sine egne og Cs kostnader. Morselskap As (hoved)fordring på B er da et *regresskrav*.¹¹³ Selv om kravene ikke baserer seg på kontrakt, blir like fullt konneksitetsvurderingen den samme: Om *tilknytningen* mellom As regresskrav på B og Bs regresskrav på C er tilstrekkelig til at konneksitet foreligger. For oversiktens skyld nevnes innledningsvis noen klare eksempler på konnekse krav.

¹⁰⁸ Bergsåker (2011) s. 236.

¹⁰⁹ l.c.

¹¹⁰ Sæbø (2003) s. 193

¹¹¹ ibid. s. 202

¹¹² ibid. s. 197

¹¹³ Se Rt. 1997 s. 1029, hvor retten på s. 1036 uttaler at ”det følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold.”

Et klart eksempel er tilfelle hvor hovedkravet er gjort betinget av at B får oppfylt motkravet. Sæbø nevner som eksempel at B godtar å betale bidrag til dekning av tidligere samboers underhold, forutsatt at A dekker *halvparten* av felles gjeld til banken.¹¹⁴ Dersom B betjener *hele* gjelden overfor banken, må B ha rett til å motregne overfor As bidragskrav med sitt krav på regress av halvparten av Bs dekning av felles gjeld til banken.

Et annet klart eksempel er As vederlagskrav for en ytelse og debitor Bs krav som følge av As mislighold av forpliktelsen som danner grunnlag for vederlagsplikten.¹¹⁵ En kjøper B får f.eks krav på erstatning på grunn av mangel ved salgsgjenstanden, som kan motregnes i selger As krav på betaling av kjøpesum.

Det foreligger imidlertid ikke alltid en såpass klar tilknytning mellom kravene. Ved svakere tilknytning mellom kravene enn i eksemplene ovenfor blir derfor også grensen mot krav som ikke er konnekse mer uklar. I kap. 4.2.5 illustreres dette gjennom noen konsernrelaterte eksempler.

Spørsmålet blir derfor når tilknytningen mellom fordringene *utenfor* de klare tilfelle som nevnt innledningsvis er tilstrekkelig til at konneksitet foreligger.

I det følgende undersøkes først hvilke rammer rettspraksis har trukket opp for hva som anses å være konneksitetsbegrepets (ytter)grenser generelt. I lys av disse rammene vil jeg deretter gå nærmere inn på noen situasjoner ved motregning mellom eller overfor selskaper i konsern hvor gjensidighet i utgangspunktet mangler, men konneksitet kan anses å reparere på dette. Herunder vil UfR 1983.267 SØHa drøftes nærmere med tanke på om *resultatet* kunne tenkes å bli det samme etter norsk rett basert på konneksitetssynspunkter.¹¹⁶

¹¹⁴ Sæbø (2003) s. 202

¹¹⁵ l.c.

¹¹⁶ I dommen anførte B på s. 271 at han hadde motregningsrett fordi kravene var konnekse. Retten kommenterte imidlertid ikke dette eksplisitt.

4.2.4 Om hva som generelt ligger i at kravene må ha tilstrekkelig tilknytning

Vurderingsnormen for når tilknytningen mellom to krav er tilstrekkelig til at konneksitet foreligger (utenfor de klare tilfelle som nevnt innledningsvis) er fremsatt av Høyesterett i Rt. 1992 s. 504, den såkalte *Factoring Finans-* dommen. Dommen gjelder en sak hvor partene hadde to kontrakter med hverandre. Hovedspørsmålet i saken gjaldt debitor cessus' motregningsrett etter gbl. § 26 overfor cesjonaren, et factoringselskap, med et krav mot cedenten. Factoringavtalen tilfredsstilte ikke kravet til avhendelse etter gbl. § 26, og motregningsadgangen overfor selskapet med krav på cedenten var dermed ikke avskåret.

I et obiter dictum drøfter imidlertid Høyesterett om krav på betaling etter den ene kontrakten og krav som følge av mislighold av den andre er konnekse. På s. 507 i dommen uttaler Høyesterett:

”Hverken loven eller forarbeidene gir noen særlig veiledning når det gjelder hva som ligger i at krav stammer fra "same rettshøve". Saken gjelder krav knyttet til avtaler inngått på *forskjellige tidspunkter*, om ulike leveranser til to *separate byggeprosjekter*, og uten at det forelå noe *løpende forretningsforhold* mellom partene. Når det foreligger flere avtaler, mener jeg det må påvises et *tilknytningsforhold* mellom dem som gjør det *rimelig* å si at krav etter avtalene er oppstått i samme rettsforhold. Jeg kan ikke se at dette er tilfellet i foreliggende sak.” (Min uth.)

I Høyesteretts formulering synes det å ligge en forutsetning om at krav som grunnes på *samme* avtale som hovedregel vil være konnekse. For at krav som grunnes på *forskjellige* kontrakter skal være konnekse, må det derimot påvises et tilknytningsforhold mellom kravene som gjør det ”rimelig” å si at de er konnekse. I dette ligger at det skal foretas en konkret, skjønnsmessig vurdering. Relevante momenter i denne vurderingen kan ifølge dommen være tidspunktene for inngåelse av kontraktene, og bakgrunnen for disse (samme eller forskjellige prosjekter). Uten at det sies direkte i det ovennevnte sitat, må det videre antas

at et ”løpende forretningsforhold” mellom partene kan være et *moment* for at forskjellige kontrakter bør ses i sammenheng i forhold til kravet om konneksitet.¹¹⁷

Selv om kravene i Factoring Finans ble grunnet på *kontrakter*, kan Høyesteretts resonnement også gi veiledning i tilfelle hvor kravene ikke grunnes på kontrakter (f.eks regresskrav mellom konsernselskaper). Det kan således tenkes at *krav* generelt som er oppstått på samme tidspunkt, som relaterer seg til samme ytelse, prosjekt eller sammenheng, mellom parter i et løpende forretningsforhold, som hovedregel vil være konnekse. På den annen side må krav som er oppstått på forskjellig tidspunkt, som relaterer seg til ulike ytelse, prosjekt eller sammenheng, uten at det foreligger noe løpende forretningsforhold mellom partene, bare kunne anses som konnekse dersom *tilknytningsforholdet* mellom dem gjør det *rimelig*.

I forlengelsen av dette kan grensen mellom konnekse krav og krav som ikke er konnekse formuleres som et spørsmål om

”sammenhengen mellom fordringene [er] så nær at det ville virke *urimelig* om den ene part kunne kreve sitt uten samtidig å yde det den annen part har krav på”.¹¹⁸ (min uthv. og tilføyelse)

Dersom svaret på dette er ja, er den utvidede motregningsrett for konnekse fordringer etter Brækhus’ mening ”på sin plass”.¹¹⁹ Som bakteppe for denne vurderingen ligger hensynet bak gjensidighetsvilkåret: B bør kun tillates å motregne overfor A når de grunner som normalt utelukker motregning ikke lenger kan antas å veie tyngst, det vil si når B har en berettiget og legitim interesse i dette.¹²⁰

¹¹⁷ Bergsåker (2011) s. 237, Sæbø (2003) s. 204

¹¹⁸ Brækhus (1977) s. 58

¹¹⁹ l.c.

¹²⁰ Jensen (2007) s. 27 jf. s. 44, Sæbø (2003) s. 52

Det vises videre til Jensen, som uttaler at det er en

”...formodning *for* konneksitet, såfremt fordringerne kan siges at udspringe af det samme gensidigt bebyrdende retsforhold som fordringsforbindelse nr. 1-3 [fordringene er oppstått i det *samme gjensidig bebyrdende rettsforhold* som enten pengeytelse og realytelse (som gjelder krav på penger), pengeytelse og en pengekompensasjon for misligholdt realytelse, eller på en annen måte enn nevnt ovenfor.¹²¹] Formodningen kan afkræftes, såfremt det kan sandsynliggjøres, at der ikke er nogen som helst form for afhængighed mellem fordringerne. Det kan f.x være tilfellet, når det gensidigt bebyrdende retsforhold er så omfattende, at mange forskjelligartede forhold reguleres heri.”¹²² (Min tilføyelse og uth.)

På den annen side kan det sies å være en formodning *mot* konneksitet, dersom

”...fordringerne forholder sig til hinanden som fordringsforbindelse nr. 4-6 [fordringene er oppstått i hvert sitt gjensidig bebyrdende rettsforhold, ett av kravene er oppstått utenfor kontrakt og det andre i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, eller det gjelder en fordringsforbindelse som ikke er omfattet av de øvrige fem kategorier.¹²³] ..., idet de ikke er opstået i det samme gensidigt bebyrdende retsforhold. Formodningen kan tilbagevises, såfremt fordringene enten er *afhængige* af hinanden (nærmere bestemt, at modkravet er nødvendigt for hovedkravets opståen), eller der konkret er en sådan forbindelse mellem fordringerne, at de grunde, der normalt vil udelukke modregning, ikke længere vejere tungest.”¹²⁴ (mine tilføyelser og uth.)

Dersom fordringene med andre ord ikke er oppstått i det *samme gjensidig bebyrdende rettsforhold*, må en særlig tilknytning mellom kravene påvises. I motsatt fall må det påvises at det *ikke* foreligger tilstrekkelig tilknytning.

LB-1998-872 bidrar også til veiledning når det gjelder konneksitetsbegrepets innhold. I saken var det blant annet spørsmål om et krav på inndrivelse av felleskostnader i et bolig-

¹²¹ Jensen (2007) s. 27, Sæbø (2003) s. 204

¹²² Jensen (2007) s. 203

¹²³ *ibid.* s. 26

¹²⁴ *ibid.* s. 204, Sæbø (2003) s. 204

sameie og et krav om medvirkning til seksjonering (i samme boligsameie) var konnekse.¹²⁵ Lagmannsretten kom til at dette ikke var tilfellet. Retten uttaler at

”Konneksitet vil foreligge når kravene er knyttet til *samme rettsforhold* eller når det *faktiske grunnlaget* i det *vesentlige* er det samme...Selv om kravene gjelder den samme eiendommen og i henhold til det som pretenderes består mellom de samme parter, er kravene av helt *forskjellig karakter* og lagmannsretten kan ikke se at et krav om seksjonering står i sammenheng med et krav om innbetaling av felleskostnader.” (Min uthv.)

I vurderingen av om kravenes tilknytning er tilstrekkelig, er det derfor også veiledende å se på om det faktiske grunnlaget for kravene i det vesentlige er det samme, og om kravene er av samme eller helt forskjellig karakter.

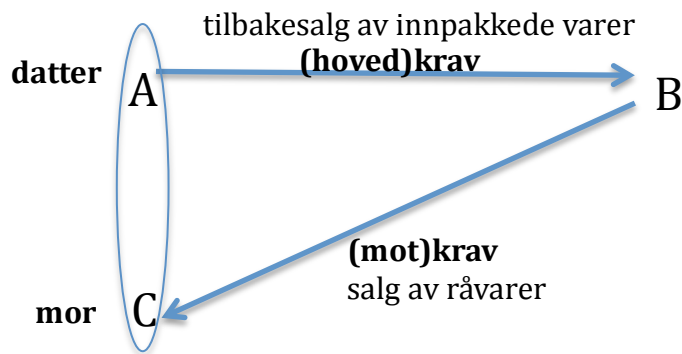
I det følgende vil jeg se på hvordan konneksitetsvurderingen kan slå ut i noen tenkelige motregningssituasjoner mellom eller overfor selskaper i et konsern.

4.2.5 Noen konsernrelaterte eksempler

Eksempel 1

Et eksternt selskap B har i alle år kontrahert med selskap C, og hovedkrav og motkrav består mellom disse. Dersom C senere oppretter et konsern og overlater hele eller deler av sine ytelsesplikter overfor B til et formelt datterselskap A, men reelt et selskap styrt av de samme person(er) som sitter i C, vil B kunne sitte igjen med et (mot)krav på C, mens det nå er A som får (hoved)krav mot B.

¹²⁵ Her gjaldt det spørsmål om saksøktets motsøksmål (motkrav) stod i ”sammenheng” med saksøkers (hoved)krav etter gamle tvml. § 56 nr. 1.



Dette var situasjonen i UfR 1983.267. Der var Cs opprinnelige (hoved)krav på B på penger for tilbakesalg av innpakkede varer, og Bs opprinnelige (mot)krav på penger for leverte råvarer til morselskap C oppstått i det samme gjensidig bebyrdende rettsforhold. Når C senere overførte *ytelsesplikten* (og dermed grunnlaget for hovedkravet) overfor B til sitt datterselskap A, samtidig som B fortsatte å selge råvarer til C, oppstod kravene etter dette i *hvert sitt* gjensidig bebyrdende rettsforhold. I slike og liknende tilfelle kan det som tidligere nevnt sies å være en formodning mot konneksitet.¹²⁶

Denne formodningen kan imidlertid, slik Jensen skriver og som ellers fremgår av norsk teori og Factoring Finans- dommen, tilbakevises såfremt fordringene enten er avhengige av hverandre, eller det er et tilknytningsforhold mellom fordringene som gjør det *rimelig* å si at de er oppstått i samme rettsforhold. En slik rimelig tilknytning må normalt anses å foreligge når de grunner som normalt vil utelukke motregning ved manglende gjensidighet ikke lenger veier tyngst.¹²⁷

I situasjonen i UfR 1983.267 kan det for det første anføres at As hovedkrav på B og Bs motkrav på C var avhengige av hverandre: As (tilbake)salg til B av ferdigvarer innpakket i emballasje må sies å være avhengig av Bs salg av råvarer og emballasje til C.

¹²⁶ Jensen (2007) s. 204

¹²⁷ l.c.

For det andre må det antas at tilknytningen mellom fordringene også gjør det *rimelig* å si at de er oppstått i samme rettsforhold. Selv om B var klar over den nye konsernoppdelingen, må B ut fra de særlige omstendigheter som forelå i saken ha hatt en berettiget og legitim forventning om at de to kravene kunne motregnes mot hverandre. I en slik situasjon slår heller ikke de grunner som normalt vil utelukke motregning ved manglende gjensidighet til.¹²⁸

Ut fra disse betraktninger, kombinert med at det forelå et ”løpende forretningsforhold” mellom partene, er det mulig at *domsresultatet* i UfR 1983.267 SØHa kunne blitt det samme etter norsk rett basert på konneksitetssynspunkter.¹²⁹ Konneksitet ble i saken anført av saksøkte (B), og tilbakevist av saksøker (A), men ikke kommentert av retten. Årsaken til det kan imidlertid være at retten tillot motregning på et annet grunnlag, nemlig at A og C i relasjon til gjensidighetsvilkåret kunne sees under *ett* overfor B. Retten trengte derfor ikke ta stilling til *kravenes tilknytning* som sådan, når den uansett kom til at krav og motkrav i realiteten eksisterte mellom de samme parter.

Eksempel 2

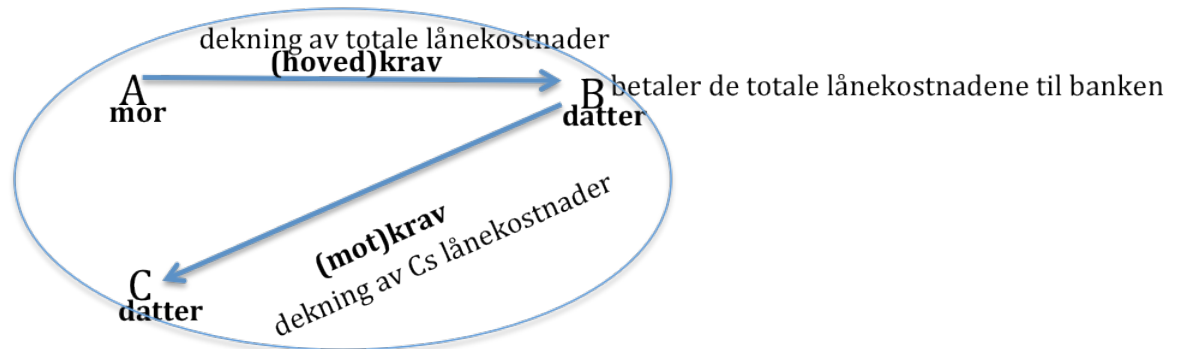
B *inngår* i et konsern med A og C, og ønsker å motregne i gjeld til A med sin fordring på C. Også i denne situasjonen kan det oppstå situasjoner hvor konneksitet kan antas å foreligge.

I et konsern har for eksempel morselskap A den eksterne kontakten med kunder, og styrer den overordnede driftsstrategien og økonomien. Det er også morselskapet som får tilført samtlige konserninntekter. Datterselskapene B og C utfører selve produksjonen. Maskinene som blir brukt til produksjon eies av B og C og finansieres ved lån fra en ekstern bank. Dekning av lånekostnader i konsernet har vært knyttet til tilgjengelig likviditet, og blitt

¹²⁸ Se pkt. 4.1.2

¹²⁹ Sæbø (2003) s. 67

praktisert ved overføringer fra konsernet (A) til B. B har deretter betalt sine egne og Cs forpliktelser til banken.



Mot slutten av året blir deretter alle fordringer mellom selskapene fordelt ved en mellomregning og tilknyttet kostnadsallokering til rett debitor, slik at hverken B eller C alene sitter igjen med den totale regningen for lånekostnader overfor banken.

Beløpet som går ut fra morselskap A har således karakter av finansieringsformål overfor B, grunnet deres finansiering av B og Cs løpende låneutgifter. Hvorfor A ikke overfører de respektive beløp direkte til hvert datterselskap, kan tenkes å skyldes praktiske hensyn: Det er raskere og enklere å kun overføre ett samlet beløp til B, som deretter overfører dette direkte til banken.

Før årets ajourføring av konserninterne forpliktelser ved avregning finner sted, går C og A konkurs. B står da igjen med en gjeld til A (dekning av de totale lånekostnader til banken), og et (mot)krav på C (Bs dekning av lånekostnader for C). Formelt er gjensidighetskravet mellom A og B ikke oppfylt, og As konkursbo vil hevde at B derfor ikke kan motregne med kravet på C.

As (hoved)krav på B og Bs (mot)krav på C har i denne situasjonen ikke oppstått i noe gjensidig bebyrdende rettsforhold: As (hoved)krav på B er et regresskrav for utlegg for lånekostnader, og Bs (mot)krav på C er også i sin tur et regresskrav for utlegg for lånekostna-

der. I tillegg består ikke disse fordringene mellom de samme parter. Også her må det derfor sies å være en formodning *mot* konneksitet.¹³⁰

Som nevnt over kan imidlertid denne formodningen for det første tilbakevises dersom As fordring på B og Bs fordring på C er avhengige av hverandre. Også her kan det argumenteres for at dette er tilfellet: A overfører et større beløp til B utelukkende med det formål at B skal kunne betale sine egne og Cs lånekostnader til banken. Uten As overførsel til B ville ikke B kunne betalt for og således fått et regresskrav på C for Cs lånekostnader. På den annen side er hovedkravet her ikke avhengig av motkravet, slik at dette momentet isolert sett ikke veier like tungt som i eksempel 1, der det motsatte var tilfellet.¹³¹

Bs gjeldsforpliktelse overfor A og fordringen på C har videre en faktisk tilknytning ved at de er oppstått ved de samme pengeoverføringer og i forbindelse med betaling av de samme forpliktelser overfor banken. Det er heller ingen forskjell på kravenes art.

På bakgrunn av dette må det derfor også sies å foreligge en *tilknytning* mellom fordringene som gjør det *rimelig* å si at de er oppstått i samme rettsforhold. At det foreligger et løpende forretningsforhold taler også i partenes favør. Heller ikke her kan de grunner som normalt vil utelukke motregning ved manglende gjensidighet veie tyngst: B må sies å ha en berettiget og legitim interesse i å anvende sin fordring på C, til motregning overfor As fordring på B. Det var aldri partenes intensjoner at B skulle betale mer enn sine egne lånekostnader. Ved årets slutt ville normalt alle kostnader blitt allokert til rett debitor, herunder Cs lånekostnader.

Eksempel 3

A, B og C inngår i et større konsern. A eier alle maskiner som brukes ved utførelsen av oppdrag for eksterne kunder.

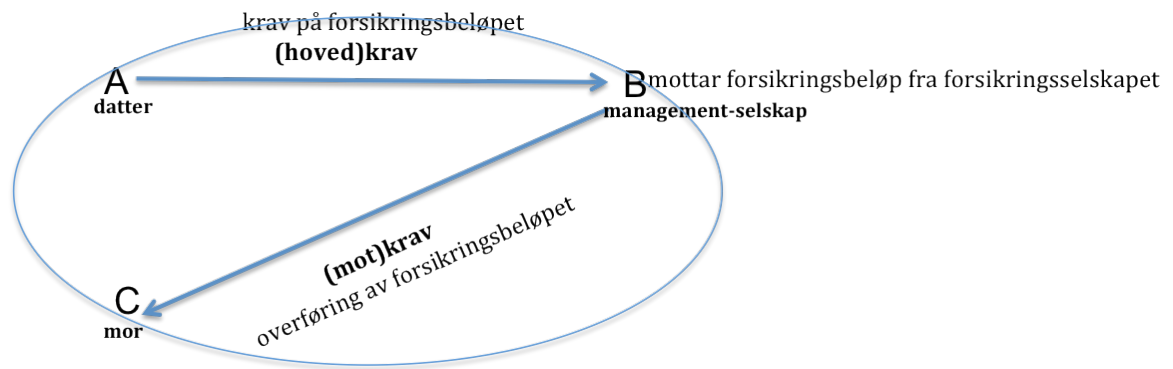
¹³⁰ Se oppgavens s. 43, Jensen (2007) s. 204

¹³¹ Se også Jensen (2007) s. 204

B er et såkalt management- selskap, det vil si at B administrerer/forvalter kunderelasjoner eksternt, forsikring av As eiendeler, koordinering av konsernselskapenes virksomhet osv. C er As morselskap, og tar de overordnede strategiske og økonomiske beslutninger for konsernet. A og C ledes av de samme personer, har samme styre og felles adresse.

På et tidspunkt oppstår det en skade på en av As maskiner under utførelsen av et oppdrag. Denne er forsikret, og A blir berettiget til et forsikringsbeløp på MNOK X.

B, som har den eksterne kontakten med forsikringsselskapet mottar forsikringssummen i første omgang. B plikter å overføre beløpet videre til A. Det er imidlertid viktig for A at forsikringsmidlene blir tilgjengeliggjort uten opphold, slik at reparasjon kan bestilles umiddelbart og oppdraget kan fortsette. B har konto i Sparebank X, men det har ikke A. Det har imidlertid C. For å slippe å vente flere dager, overfører derfor B forsikringsbeløpet på MNOK X til *morselskap* C. På den måten blir midlene tilgjengeliggjort (for personene som styrer både A og C) mye raskere.



Før fordringspostene i tråd med konsernets praksis allokeres til rette selskap (A og B), går imidlertid C og A konkurs. Formelt sitter B da med en gjeld til A (forsikringsbeløpet), og et krav på C på samme beløpet (overføring av forsikringsbeløpet til C).

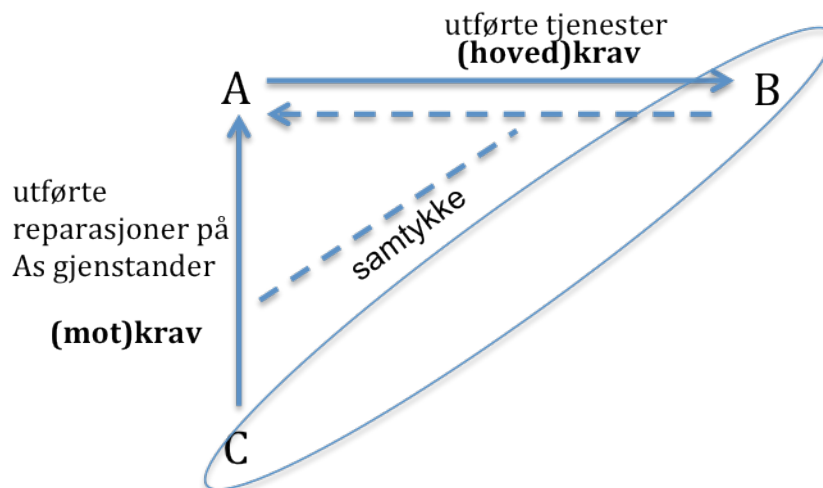
As konkursbo vil hevde at B ikke kan motregne fordringene, fordi det mangler gjensidighet mellom kravene.

Også her vil imidlertid den særlige tilknytningen mellom kravene kunne medføre at de er konnekse:

- Det faktiske grunnlaget for kravene er det samme, nemlig forsikringsoppgjøret (noe regnskapene til alle selskapene bekrefter),
- kravene er oppstått på samme tid, og
- det foreligger et løpende forretningsforhold mellom partene.

Kombinert med at overføringen til C kun ble gjort av praktiske årsaker må dette gi B en berettiget forventning om å kunne motregne gjelden til A med Bs fordring mot C.

Eksempel 4



Selskap B står i gjeld til et selskap A, som har utført tjenester for B. Samtidig har Bs heleide datterselskap C en fordring på A for utførte reparasjoner på gjenstandene A har benyttet i sine tjenester for B.¹³² Forutsatt samtykke fra C, kan det også her spørres om tilknytningen mellom *kravene* er tilstrekkelig til at konneksitet foreligger.

¹³² Dette var også situasjonen i UfR 1982.689, kommentert under pkt. 4.1.5

Når kravene også i dette tilfellet *ikke* består i det samme gjensidig bebyrdende rettsforhold, er det også her en formodning *mot* konneksitet.¹³³ Spørsmålet blir derfor igjen om det foreligger en tilknytning mellom fordringene som gjør det rimelig å si at de er oppstått i samme rettsforhold.

Ved at As fordring på B knytter seg til utførte tjenester med maskiner som C har utført reparasjoner på, og således baserer sitt (mot)krav på, synes det å være et avhengighetsforhold mellom fordringene som i seg selv taler for konneksitet: As mulighet for å utføre gods-transport for B kan sies å være forutsatt av Cs reparasjoner på de samme vognene, og motsatt.

I vurderingen må det imidlertid også tas stilling til om de grunner som normalt vil utelukke motregning ved manglende gjensidighet ikke lenger veier tyngst. Sentralt blir derfor igjen om B kan sies å ha en berettiget og legitim interesse i å motregne i gjeld til A med Cs krav på A. Selv om den nære faktiske tilknytningen mellom kravene taler for dette, må det i motsetningen til de to tidligere nevnte situasjoner få betydning at B i *denne* situasjonen ikke *selv* sitter på noen fordring verken mot A eller C. Bs interesse i den sikkerhet et (mot)krav representerer er derfor i utgangspunktet liten.¹³⁴

I tillegg kommer at B selv har *valgt* å organisere virksomheten sin i et konsern, og overlatt til datterselskap C å utføre reparasjoner. B bør da ikke samtidig kunne forvente at eventuelle krav tilhørende C kan benyttes av B når det passer ham, her i relasjon til motregningsadgangen.¹³⁵

¹³³ Jensen (2007) s. 204

¹³⁴ *ibid.* s. 44

¹³⁵ Munch (1983) s. 153, Sæbø (2003) s. 67, nærmere kommentert i pkt. 4.1.5

B kan også enkelt reparere på den manglende gjensidigheten ved en alminnelig overdragelse av kravet.¹³⁶ Tatt i betraktning at de grunner som normalt utelukker motregning ved manglende gjensidighet veier såpass tungt i en situasjon som denne, må det antas at tilknytningen mellom fordringene må være *særlig* sterk for at konneksitet skal anses å foreligge.

4.2.6 Utvidet motregningsrett ved konnekse krav i konkurs

Utenfor konkurs kan som nevnt et løpende forretningsforhold mellom eller overfor selskaper i konsern være et *moment* som taler for at kravenes tilknytning er tilstrekkelig til at de er konnekse.

Ved As konkurs opphører imidlertid dette interessefellesskapet. Det er nå hensynet til kreditorfellesskapet som blir fremtredende. Tidligere ble det nevnt at det må foretas en ”sammensatt vurdering” av de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle motregningssituasjon.¹³⁷ Ved vurderingen av hvor langt hensynet til rimelighet tilsier utvidet motregningsrett når kravene er konnekse, må en derfor se hen til at motregning i konkurs gir B dekning på bekostning av andre kreditorer som har krav mot A.¹³⁸ I motsetning til utenfor konkurs, må Bs eventuelle forventning om å motregne ikke bare legitimeres i seg selv, men også veies opp mot hensynet til ulempen dette medfører for resten av kreditorfellesskapet.

I konkurssituasjoner vil derfor hensynet til konkursskyldners øvrige kreditorer og dekningslovens preseptoriske karakter *kunne* tale mot en utvidet rett til å motregne med konnekse krav i forhold til det som følger av deknl. kap. 8.¹³⁹ På den annen side kan sammen-

¹³⁶ I konkurs begrenser deknl. § 8-2 adgangen til å motregne med overdratt krav

¹³⁷ Sæbø (2003) s. 194

¹³⁸ *ibid.* s. 479

¹³⁹ *ibid.* s. 194

hengen mellom kravene være så nær at kreditorenes dekningsadgang ikke blir forringet ut over det man kunne forvente.

Dommen i UfR 1979.6 H (dissens 5-2) er illustrerende.¹⁴⁰ Kravene bestod mellom de samme parter, men hovedkravet var oppstått etter konkursåpningen. Motregning var derfor i utgangspunktet utelukket.¹⁴¹ Den danske Høyesteretts flertall fant imidlertid at sammenhengen mellom de motstående kravene var så nær at motregning likevel burde tillates. Mindretallet godtok ikke en slik utvidet motregningsrett, blant annet under henvisning til "[...] princippet om ligelig behandling af konkurskreditorer."¹⁴²

Spørsmålet blir derfor om det også i konkurs gjøres unntak fra det alminnelige gjensidighetskravet ved konneksitet, og i tilfelle om kravet til konneksitet er det samme eller strengere enn utenfor konkurs. Det forutsettes i det følgende at begge fordringer er forfalt før boåpning.

Av dekl. § 8-1 første ledd er det alminnelige gjensidighetsvilkåret lovfestet: Kun den som ved boåpning har en "fordring på skyldneren", kan benytte den til motregning overfor en fordring som da "tilkommer skyldneren". Av § 8-1 annet ledd første pkt. følger det også at motregning ikke kan skje dersom motregning på grunn av "fordringens beskaffenhet" ville være utelukket selv om skyldneren var "solvent".

Noe "grovt og upresist" følger det forutsetningsvis av denne bestemmelsen at den utvidede motregningsretten ved konnekse krav *utenfor* konkurs som utgangspunkt også videreføres

¹⁴⁰ Sæbø (2003) s. 194

¹⁴¹ Vilkåret i dekl. § 8-1 første ledd om at hovedkravet må foreligge ved boåpningen gjelder også etter den danske konkurslov § 42 første ledd

¹⁴² UfR 1979.6/2H s. 10

under konkurs.¹⁴³ Det kan imidlertid være uklart i hvilken grad B kan påberope seg utvidet motregningsrett ved konnekse krav når alminnelige motregningsvilkår i konkurs *ikke* er oppfylt.¹⁴⁴

I teorien er det antatt at B bør kunne motregne med konnekse krav selv om gjensidighetsvilkåret i dekl. § 8-1 første ledd ikke er oppfylt.¹⁴⁵ Andenæs nevner som eksempel at B har solgt en mangelfull gjenstand til skyldneren (A). A har et (hoved)krav på erstatning for mangelen, mens B har et (mot)krav på kjøpesummen. Selv om B overdrar motfordringen til en tredjepart C, kan B med Cs samtykke benytte motfordringen til motregning overfor sitt erstatningsansvar overfor A.¹⁴⁶ Videre uttaler han på samme side at det samme må ”antas å gjelde overfor skyldnerens [As] bo”.¹⁴⁷ (Min uthv.)

Utenfor konkurs kan B som tidligere nevnt under punkt. 4.2.2 i vid utstrekning motregne med Cs konnekse krav mot A eller med egne konnekse krav mot C i As krav mot B. Sæbø stiller seg imidlertid kritisk til om en slik utvidet motregningsrett bør anerkjennes *i konkurs*: Han uttaler for det første at det som ”hovedregel neppe er grunn til å anerkjenne motregningsrett i konkurs med tredjepersons [Cs] konnekse motkrav, eller modifisere dekl. § 8-2, 1. ledd i slike tilfelle”.¹⁴⁸ (Min tilføyelse.)

§ 8-2 gjelder ”ervert” av krav fra C ved ”overdragelse eller utlegg” senere enn tre måneder før konkursen, eller på et tidligere tidspunkt når B ”visste eller burde vite” at A var insolvent, jf. første ledd. Dekl. § 8-2 første ledd begrenser således Bs mulighet til å *overdra* Cs

¹⁴³ Sæbø (2003) s. 422, s. 478, Øyen (1998) s. 721, Sandvik (1985) s. 149

¹⁴⁴ Sæbø (2003) s. 478

¹⁴⁵ Andenæs (2009) s. 228, Sæbø (2003) s. 479

¹⁴⁶ Andenæs (2009) s. 228. Høyesterett kom til samme resultat i en tilsvarende situasjon i Rt. 1915 s.840

¹⁴⁷ Andenæs (2009) s. 228

¹⁴⁸ Sæbø (2003) s. 482

krav på A til seg selv og på den måten skape gjensidighet når A er, eller snart blir insolvent.

Utenfor konkurs er det i utgangspunktet uproblematisk å skape gjensidighet ved overdragelse av kravet. Dersom kravene er konnekse, er det tilstrekkelig med Cs samtykke. I konkurs er utgangspunktet et annet: En alminnelig overdragelse som rammes av dekn. § 8-2 første ledd er *forbudt*. Bestemmelsen rammer den B som forsøker å sette seg selv i motregningsposisjon når A nærmer seg konkurs. Dette taler mot at noe *mindre* enn en overdragelse, et samtykke, skulle være tillatt ved motregning *etter* at A er gått konkurs, selv om kravene er konnekse.

Også lindskog uttaler at det etter hans mening i ”konkurs- og preskriptionsfallen saknas...anledning att göra undantag för annat än strikt konnexitet. Om A har kunnat driva in hf [hovedfordringen] utan hinder av mf [motfordringen] kan B inte ha haft någon berättigad kvittningsförväntning alldeles oberoende av fordringarnas samband”.¹⁴⁹ (min tilføyelse)

En rett for B til å motregne i gjeld til A med Cs krav på A, etter samtykke fra C, bør derfor bare anerkjennes i konkurs der tilknytningen mellom fordringene gjør at B må ha en *særlig* sterk forventning om å motregne.

Etter Sæbøs syn er det ”normalt” heller ikke grunn til at B skal kunne motregne i konkurs overfor A med konnekst motkrav mot tredjeperson (C). Etter min oppfatning er imidlertid konneksitetsvurderingen såpass konkret, og de hensyn som gjør seg gjeldende i en konkret motregningssituasjon kan variere såpass mye, at en ikke i disse situasjoner på generelt grunnlag kan utelukke en motregningsrett for B i konkurs dersom kravene er konnekse. Det vises til motregningseksemplene under pkt. 4.2.5. Bs forventning om å motregne er i ut-

¹⁴⁹ Lindskog (1993) s. 398

gangspunktet også mer beskyttelsesverdig i disse situasjoner, hvor B er i besittelse av et krav. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet tilsier imidlertid varsomhet med å tillate for utpreget konkrete vurderinger av hvert enkelt tilfelle.

I tilfelle hvor hovedkravet er *betinget* av at motkravet oppfylles, uttaler riktignok Sæbø at B som hovedregel bør har rett til å motregne, ”uten hinder” av gjensidighetsvilkåret i deknl. § 8-1, 1. ledd eller begrensningene i deknl. § 8-2, 1. ledd.¹⁵⁰ Utenfor de klare tilfelle som nevnt innledningsvis hvor As hovedkrav uttrykkelig gjøres betinget av at Bs motkrav oppfylles, kan det imidlertid ofte være tvil om man er utenfor eller innenfor en slik spesifikk motregningssituasjon.

Dersom kravene står i et sterkt tilknytningsforhold til hverandre, og de hensyn som taler mot et unntak fra gjensidighetsvilkåret *ikke* gjør seg sterkt gjeldende i den konkrete situasjon, taler imidlertid sterke grunner for å gjøre unntak fra gjensidighetsvilkåret også i konkurs. Dette gjelder både situasjoner hvor B ønsker å motregne i gjeld til A med eget krav på C, eller med Cs krav på A.

4.2.7 Sammenfatning

Konneksitet foreligger når fordringsforbindelsen mellom hovedkrav og motkrav er tilstrekkelig nær til å gi B en berettiget og legitim interesse i den sikkerhet en motregningsrett innebærer. Det skal foretas en sammensatt vurdering av alle hensyn og mothensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete situasjon.

Når hovedkrav og motkrav er oppstått i det samme gjensidig bebyrdende rettsforhold, er det en formodning for konneksitet. Da må det eventuelt påvises at tilknytningen mellom kravene *ikke* er tilstrekkelig. Er kravene *ikke* oppstått i det samme gjensidig bebyrdende

¹⁵⁰ Sæbø (2003) s. 483

rettsforhold er det derimot en formodning mot konneksitet. Denne formodningen kan tilbakevises dersom tilknytningen etter en helhetsvurdering likevel må anses tilstrekkelig. Momenter i denne vurderingen er blant annet om

- det ene eller begge kravene står i et avhengighetsforhold til hverandre
- kravene relaterer seg til samme ytelse, prosjekt eller sammenheng
- det er en tidsmessig nærhet mellom kravene
- det foreligger et løpende forretningsforhold mellom partene

Ved motregning i konkurs må disse momenter i tillegg veies opp mot hensynet til kreditorfellesskapet. Dersom motregningen for øvrig ikke strider mot de andre preseptoriske regler i dekl. kap. 8 og hensynene bak disse, må det etter omstendighetene være adgang til å gjøre unntak fra gjensidighetsvilkåret også i konkurs.

Videre må det generelt antas at kravet til konneksitet skjerpes i situasjoner hvor B med Cs samtykke ønsker å benytte Cs krav på A til motregning i Bs egen gjeld til A. Dette gjelder særlig i konkurs, hvor adgangen i utgangspunktet synes å være avskåret.

5 Er det i norsk rett *behov* for å se to selskaper under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret?

Tatt i betraktning en utvidet motregningsrett ved konnekse krav, kombinert med et relativt godt vern av Bs forventninger mht. det avtalerettslige partsforhold kan det spørres om det er *behov* for et slikt ekstra unntak i norsk rett.¹⁵¹

Dersom en i et konkret tilfelle som i UfR 1983.267 åpner for å se to selskaper under ett i relasjon til gjensidighetsvilkåret, vil det alminnelige gjensidighetsvilkåret være oppfylt og B kan i utgangspunktet erklære motregning *uten* en nærmere vurdering av om det foreligger en rimelig tilknytning mellom kravene. Når en identifikasjon mellom to selskaper etter *norsk* rett er utelukket ved motregning, blir rettsanvenderen derfor nødt til å vurdere om det kan påvises et *tilknytningsforhold mellom kravene* som gjør det rimelig å si at kravene er konnekse.

Det ”danske unntaket” *kan* derfor ha selvstendig rettslig betydning dersom kravenes tilknytning kommer på spissen: Dersom tilknytningen mellom kravene ikke er tilstrekkelig, foreligger ikke konneksitet og gjensidighetsvilkåret vil etter norsk rett stenge for motregning. Med en egen identifikasjonsmulighet i *tillegg* til utvidet motregningsrett ved konneksitet, åpner derfor dansk rett i *prinsippet* i større grad for motregning ved manglende gjensidighet i konsernforhold enn norsk rett gjør.

Det kan imidlertid diskuteres hvor selvstendig betydning det danske unntaket egentlig har. Når dansk rett uansett krever ”særlige omstændigheder” for å identifisere to selskaper, hvor blant annet kravenes tilknytning synes å være en del av vurderingen, kan det hevdes at kra-

¹⁵¹ Se Sæbø (2003) s. 66

vene like gjerne kunne blitt erklært som konnekse.¹⁵² Tatt i betraktning den høye terskelen som er oppstilt for identifikasjon, kan det også vanskelig tenkes et praktisk tilfelle hvor kravenes tilknytning er for fjern til at de kunne blitt erklært konnekse, men hvor motregning likevel tillates fordi ”særlige omstendigheter” taler for å identifisere to selskaper.

Konneksitetsvurderingen etter norsk rett er meget konkret, og åpner i utgangspunktet for å akseptere motregning i mange forskjellige motregningssituasjoner der tilknytningen mellom kravene anses rimelig. Det kan derfor synes som om norsk rett langt på vei åpner for å komme til de samme *resultatene* som dansk rett gjør, uten å måtte *identifisere* to konsernselskaper. Argumentene fra dansk rett er relevante i konneksitetsvurderingen etter norsk rett, så langt de relaterer seg til Bs berettigede forventning om å motregne ut fra kravenes *tilknytning*.

Utvidet motregningsrett ved konnekse krav, vernet av Bs forventninger mht. til det avtalerettslige partsforhold, og Bs alminnelig mulighet til å få overdratt kravet på A fra C til seg, gjør at det ikke er noe sterkt *behov* i norsk rett for å identifisere to konsernselskaper i relasjon til gjensidighetsvilkåret.

I de tilfelle hvor hverken gjensidighet eller konneksitet foreligger, vil B også vanskelig kunne tenkes å ha en berettiget forventning om å motregne. Når det mangler en berettiget forventning om å motregne, er det tatt i betraktning hensynet til klare og forutberegnelige motregningsregler heller ikke *ønskelig* med et (uklart) unntak fra gjensidighetsvilkåret basert på identifikasjon. Ved motregning i konkurs vil et slikt unntak også stå i et problematisk forhold til gjensidighetsvilkåret slik det fremgår av dekn. § 8-1 og forarbeidene.

¹⁵² Se min gjennomgang av UfR 1983.267 under 4.2.5, eksempel 1

6 Mulige selskapsrettslige skranker for motregning

6.1 Innledning

Prinsippet om ensidig motregningsrett har klare fordeler, så vel som ulemper. Dette har resultert i en del lovfestede og ulovfestede unntak fra motregningsretten¹⁵³. Selv om de alminnelige motregningsvilkår er oppfylt, evt. at konneksitet reparerer på manglende gjensidighet, kan B derfor etter omstendighetene likevel nektes å motregne blant annet på grunn av hensynet til As behov for likviditet (kontanthensynet), eller for å hindre rettsmisbruk fra Bs side.¹⁵⁴ Disse *alminnelige* unntak fra motregningsretten får som utgangspunkt også anvendelse ved motregning mellom eller overfor selskaper i konsern. Det går imidlertid utenfor oppgavens rammer å behandle alle mulige begrensninger i motregningsretten.

I det følgende vil jeg derimot se på noen mulige selskapsrettslige skranker for en (utvidet) motregningsrett i de situasjoner som er behandlet i punktene over.

6.2 Kommer de særlige regler om ansvarsgjennombrudd til anvendelse?

6.2.1 Innledning

Under dette punktet diskuteres situasjonen hvor B ønsker å benytte en konneks (mot)fordring mot C til motregning i Bs gjeld til A. A er morselskapet til C.¹⁵⁵

Det alminnelige aksjerettslige utgangspunkt er at hvert aksjeselskap er et selvstendig rettssubjekt, og at aksjonærenes ansvar for aksjeselskapets gjeld er begrenset til aksjekapitalinnskuddet, jf. asl. §§ 1-1 og 1-2. Dette gjelder også i konsernforhold.¹⁵⁶ For et morselskap

¹⁵³ Bergsåker (2011) s. 229

¹⁵⁴ Sæbø (2003) s. 254, s. 297, Bergsåker (2011) s. 234

¹⁵⁵ I denne sammenheng kan B være både et ekstern selskap, eller inngå i konsern med A og C

¹⁵⁶ Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994) s. 89

som har ”bestemmende innflytelse” i et datterselskap ved at det eier tilstrekkelig antall aksjer i selskapet, jf. asl./asal. § 1-3, innebærer dette at morselskapets ansvar for datterselskapets gjeld i utgangspunktet er begrenset til aksjekapitalinnskuddet i datterselskapet.

Et ansvar ut over dette krever et særskilt grunnlag. Dersom B tillates å motregne i gjeld til morselskap A med sitt eget konnekse krav mot datterselskap C, *kan* det hevdes at dette *de facto* er å likestille med at A gjøres *ansvarlig* for Cs gjeld til B. Det kan derfor spørres om de særlige regler om ansvarsgjennombrudd i selskapsretten kommer til anvendelse, eller om motregningsretten står på egne ben.

6.2.2 Kort om ansvarsgjennombruddslærens innhold og anvendelsesområde

Det finnes ingen generelle lovfestede regler om ansvarsgjennombrudd i norsk rett.¹⁵⁷ I rettspraksis og juridisk teori har det imidlertid vokst frem en lære om ansvarsgjennombrudd. Læren kan medføre at et morselskap i egenskap av aksjeeier blir personlig ansvarlig for datterselskapets forpliktelser.¹⁵⁸

Det er ingen Høyesterettsdom som uttrykkelig bygger på dette grunnlaget. Høyesterett har imidlertid i Rt. 1996 s. 672 *Kongeparken* kommentert læren nærmere. Selskapet Kongeparken AS (A) drev datterselskapet ”Kongeparken i Stavanger” (C). C gikk konkurs, og det ble ingen dividende til de uprioriterte kreditorene. Kreditorene (B) rettet så krav mot mors-

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 117-118

¹⁵⁸ Asl. § 17-1 regulerer riktignok erstatningskrav som blant annet ”andre” har mot ”aksjeeier”, for ”skade” som denne ”forsettlig eller uaktsomt” har voldt vedkommende. Det kan imidlertid være en flytende grense mellom erstatningskrav etter § 17-1, og spørsmålet om aksjeeiere (her morselskapet) kan hefte på ulovfestet grunnlag for aksjeselskapets (her datterselskapets) forpliktelser ved gjennomskjæring. I teorien antas det at ansvarsgjennombruddslæren eksisterer på selvstendig (ulovfestet) grunnlag i norsk rett, og supplerer asl. § 17-1 der denne ikke kommer til anvendelse etter sin ordlyd, se bl.a. Nilsen (2012) s. 53 og Andenæs (2006) s. 653

elskapet: Det ble anført at *morselskapet* heftet for kreditorenes fordringer etter en regel om ansvarsgjennombrudd.

Høyesterett frifant morselskapet. Retten tok ikke stilling til om det eksisterer en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, men uttalte likevel i et obiter dictum på s. 679 at et eventuelt ansvarsgjennombrudd i tilfelle må

”..begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter. (1) Fremtrer det som *utilbørlig* overfor kreditorene å opprett holde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en *sammenblanding* mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold *ikke fortjener vern*. De to sett argumenter må ses i *sammenheng*, og det må foretas en *helhetsvurdering*.”

Det som kan begrunne et ansvarsgjennombrudd er således at det i forhold til medkontra-henten B vil anses *utilbørlig* å ikke gjøre A ansvarlig for Cs forpliktelse. Dette vil f.eks være tilfellet hvor A i egenskap av aksjonær i C har handlet særlig kritikkverdig, eller hvor A har en såpass dominerende rådighet over C at selskapet i realiteten ikke er organisatorisk og økonomisk uavhengig slik aksjeloven forutsetter.¹⁵⁹ I slike situasjoner fortjener ikke ansvarsbegrensningen vern. Dette forklarer også hvorfor terskelen for å anvende læren er såpass høy. Nyere lagmannsrettspraksis har tilkjent ansvar basert på ansvarsgjennombrudd i et tilfelle hvor det blant annet var tale om ”bevisst misbruk” av ansvarsbegrensningen etter asl., og at atferden til aksjonæren var ”klart utilbørlig”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Hagstrøm (2011) s. 110-111

¹⁶⁰ Se RG 2007 s. 411, de tre siste avsnittene.

6.2.3 Forholdet til motregningsretten

Dersom morselskap A etter læren om ansvarsgjennombrudd *ikke* kunne blitt *ansvarlig* for datterselskap Cs gjeldsforpliktelse, kan det spørres om dette samtidig taler mot å gi B en *motregningsrett* overfor A.

Læren om ansvarsgjennombrudd synes imidlertid å være utviklet for andre typetilfelle enn situasjoner hvor B får en (utvidet) *motregningsrett* overfor A.

Når det gjelder utvidet *motregningsrett* ved konnekse krav er utgangspunktet et helt annet enn ved læren om ansvarsgjennombrudd: Spørsmålet er om *tilknytningen* mellom *to* krav er så sterk at det må anses *rimelig* å la B *motregne* med krav mot C. Det spørres ikke om A må tåle avkortning i sitt hovedkrav på B på grunnlag av As *kritikkverdige* atferd eller en konsernkonstruksjon uten realitet, som medfører at det ville være *utilbørlig* å ikke la B motregne.

Når det foreligger konnekse krav, er det selve tilknytningen mellom kravene som gjør det *rimelig* å tillate en *begrensning* i As *rett til å inndrive* (hoved)kravet mot B, til tross for manglende gjensidighet. Det er ikke tale om å statuere et *ansvar* for A ved å *skjære gjennom* ansvarsbegrensningen i asl. Hensynene og anvendelsesområdet for henholdsvis ansvarsgjennombruddslæren og utvidet motregningsrett ved konneksitet er derfor vesensforskjellige.

I tillegg kommer at en utvidet motregningsrett ved konnekse krav er vel etablert i norsk rett, og forholdet til ansvarsgjennomskjæring har ikke ut fra de kilder jeg har undersøkt tidligere blitt problematisert.

Det må derfor legges til grunn at Bs motregningsrett overfor A i en situasjon som nevnt over, ikke er å likestille med at A gjøres *ansvarlig* for Cs gjeld til B. Ansvarsgjennom-

bruddslæren får dermed ikke anvendelse her. Dette ville også undergravd motregningsinstituttet. Motregningsinstituttet står med andre ord på egne ben.¹⁶¹

6.3 Kan asl. § 3-8 begrense adgangen til motregning?

I situasjoner hvor B *inngår* i konsern med C, og ønsker å benytte Cs krav på A til motregning i egen gjeld til A, kan det spørres i hvilken grad asl. § 3-8 setter begrensninger for dette.

6.3.1 Kort om hvilke avtaler asl. § 3-8 rammer

Asl. § 3-8 er en formell regel om at en avtale mellom blant annet "selskapet" og en aksjeeier må godkjennes av generalforsamlingen dersom selskapets "ytelse" har en "virkelig verdi" som utgjør over en "tidel" av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet, jf. første ledd første pkt. I diskusjonen i det følgende menes med "selskapet" datterselskap C, og med "aksjeeier" morselskap B. § 3-8 gjelder således for datterselskapet, men ikke for morselskapet.¹⁶²

Det kan for eksempel tenkes en situasjon lik den i UfR 1982.689, der et selskap B stod i gjeld til et selskap A, som hadde utført tjenester for B. Samtidig hadde Bs heleide datterselskap C en fordring på A, for utførte reparasjoner på gjenstandene A har benyttet i sine tjenester for B. Dersom C samtykker i at B kan benytte dettes krav til motregning i egen gjeld til A, og verdien av Cs krav utgjør over en tidel av aksjekapitalen, må dette anses som en "ytelse" som i *utgangspunktet* krever generalforsamlingsbehandling. Det samme gjelder

¹⁶¹ Se også Arnholm (1939) s. 124, hvor han uttaler at "kompensationsinstituttet står sikkert nok på egne ben".

¹⁶² Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 47

dersom C i stedet overdrar kravet til B. Det forutsettes i det følgende at dette ikke er behandlet på selskapets generalforsamling.

6.3.2 Unntak fra kravet om generalforsamling

Av første ledd nr. 4 følger det imidlertid at det ikke kreves generalforsamlingsbehandling dersom avtalen inngås som ledd i selskapets (Cs) ”vanlige” virksomhet og inneholder pris og vilkår som er ”vanlige” for slike avtaler.

Unntaket for avtaler inngått i selskapets ”vanlige virksomhet” er ment å fange opp avtaler som fremstår som ”ordinære og uproblematisk”, og der hensynene bak bestemmelsen i ”mindre grad slår til”.¹⁶³ Unntaket søker således å fange opp ”legitime” avtaler som selskapet har ”behov” for å inngå for å kunne ”utøve sin virksomhet”.¹⁶⁴ Det er videre ikke noe krav at avtalen knytter seg direkte til selskapets ”kjernevirksomhet”, og forutsetningen om vanlig pris og vilkår gjør at unntaksbestemmelsen får et ”nokså vidt virkeområde”.¹⁶⁵

Tatt i betraktning at C inngår i konsern med B, og at det er i konsernets (B og Cs) interesse å bli kvitt ekstern gjeld, kan det hevdes at C har behov for å inngå avtalen for på lengre sikt å kunne ”utøve sin virksomhet”. Det må antas å komme C til gode at morselskapet B har minst mulig gjeld, for eksempel i forhold til senere konsernbidrag fra morselskapet. Til dette kommer at avtaler mellom selskaper i samme konsern ofte vil være ”ledd i en forretningsmessig begrunnet omorganisering innen konsernet”.¹⁶⁶ Dersom C i tillegg er et heleid datterselskap, gir det heller ikke så stor mening å kreve generalforsamlingsbeslutning, i og med at beslutningen ”i realiteten treffes av morselskapet”.¹⁶⁷

¹⁶³ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 47

¹⁶⁴ *ibid.* s. 48

¹⁶⁵ *l.c.*

¹⁶⁶ Bråthen, (2007) s. 85, s. 66

¹⁶⁷ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 47

Vilkåret om at avtalen må inngå i Cs ”vanlige” virksomhet henger imidlertid tett sammen med vilkåret om ”vanlig” pris og vilkår.

Spørsmålet blir derfor videre hva som ligger i kravet om at avtalen må inneholde pris og andre vilkår som er ”vanlige” for ”slike” avtaler”.

En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at avtalevilkårene må være i samsvar med eksterne normer for avtalevilkår. Det er også antatt at hva som er vanlig praksis i næringslivet for denne type avtaler må veie tungt.¹⁶⁸ § 3-8 annet ledd kan også være retningsgivende. Der fremgår det at styrets redegjørelse for avtalen skal inneholde en ”erklæring” om *at det ”er rimelig samsvar” mellom selskapets ytelse og vederlaget det skal motta*. Det må videre foretas en helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som ”forretningsmessig begrunnet”.¹⁶⁹

Dersom C i sitt samtykke til B betinger seg et fullt regresskrav for kravets verdi, eller ved overdragelsen avtaler et vederlag tilsvarende kravets verdi, må dette anses som en avtale som faller inn under unntaket i nr. 4, og derfor ikke krever generalforsamlingsbehandling.

Morselskap B vil imidlertid kunne se seg tjent med å bli kvitt konserngjeld ved å benytte Cs fordring til motregning i egen gjeld til eksternt A, *uten* å gi C noen motytelse for dette. Dersom B overhodet ikke yter noe tilbake for Cs ytelse, kan avtalen neppe sies å inneholde ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”.¹⁷⁰ I vurderingen av om en ytelse faller inn under unntaket i § 3-8 første ledd nr. 4, må det videre få betydning om C er et heleid eller deleid datterselskap. Dersom C er heleid, vil en ”ytelse” fra C til B med lav eller ingen motytelse lettere kunne tenkes å anses som ”vanlig”, siden det da er *konsernets*

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 45

¹⁶⁹ Bråthen (2007) s. 85

¹⁷⁰ Bråthen (2011) s. 58

interesse som helhet som er målestokken. Det vil ikke være noen minoritetsaksjonærer i C å ta hensyn til.

6.3.3 Konsekvensen av brudd på asl./asal. § 3-8

Konsekvensen dersom avtalen *ikke* inngås på ”vanlige” vilkår, blir at unntaket i asl./asal. § 3-8 første ledd nr. 4 ikke kommer til anvendelse. Etter første ledd er avtalen dermed ikke bindende for ”selskapet” (C). Virkningen av ugyldigheten er med andre ord kun intern mellom selskapene B og C. B må derfor ”tilbakeføre” ytelsens verdi til C, jf. § 3-8 tredje ledd. Dersom B allerede har motregnet overfor A, kan derimot ikke A påberope seg at avtalen mellom C og B er ugyldig og på den måten kreve motregningen annullert.¹⁷¹

LB-2006-26078 illustrerer også dette. Daglig leder (A) i et aksjeselskap hadde gitt hovedaksjonær i selskapet (B) et personlig lån på i underkant av MNOK 2, som B benyttet til løpende utgifter i selskapet. Samtidig hadde *selskapet* et krav på A for uregelmessige bonusutbetalinger mv. B overførte selskapets krav på A til seg selv, og benyttet deretter denne fordringen til motregning i sin egen gjeld til A.

Overføringen av kravet skjedde imidlertid mot kreditt i strid med vilkårene asl. § 8-7. Lagmannsretten fant av denne grunn at disposisjonen var ugyldig, og at beløpet derfor etter § 8-11 annet ledd jf. første ledd måtte tilbakeføres selskapet. A hevder at dette medfører at B er avskåret fra å motregne med kravet han har overtatt. Lagmannsretten uttaler imidlertid at kravet på tilbakeføring ”ligger hos selskapet”. Lagmannsretten finner videre ikke

”holdepunkter for at § 8-11 skal forstås slik at den medfører at disposisjonen i sin helhet blir en nullitet umiddelbart også overfor tredjemann. B får etter dette ikke medhold i sin anførsel. Aksje-lovens bestemmelser i §§ 8-7 og 8-11 anses *ikke til hinder for motregning*.”

¹⁷¹ Bråthen (2007) s. 88-89

Det er antatt i teorien at asl. § 3-8 også kan anvendes der datterselskapet stiller *garanti* for morselskapets lån.¹⁷² Det faller imidlertid utenfor oppgavens rammer å behandle dette nærmere.

6.4 Kort om forholdet til aksjelovens utdelingsbegrensninger

Dersom det som i eksemplet nevnt innledningsvis i pkt. 6.3 ikke er ”rimelig samsvar” mellom selskapets (Cs) ytelse og vederlaget det skal motta (fra B), kan det ikke avgis en erklæring fra styret slik loven krever i § 3-8 annet ledd første pkt. Lovens ordlyd taler for at saksbehandlingsregelen i asl. § 3-8 da heller ikke kan anvendes.¹⁷³ § 3-8 regulerer videre kun tilfelle hvor C og B inngår en ”avtale” (om samtykke til motregning med eller erverv av fordringen på A).

Dersom det ikke er rimelig samsvar mellom ytelsene, eller C og B ikke kan sies å ha inngått en ”avtale”, må Cs ytelse holde seg innenfor de alminnelige reglene om utbytte i asl. §§ 8-1 flg., for å unngå såkalt skjult utbytte.¹⁷⁴ Utdelingsreglene favner således videre og fanger opp ”enhver overføring av verdier” som ”direkte eller indirekte” kommer aksjeeieren (B) til gode, jf. § 3-6 annet ledd første pkt.

Hvorvidt asl. § 3-8 og utbyttereglene gjelder parallelt gir ikke lovteksten eller forarbeidene klare føringer på, og meningene er delte i juridisk teori.¹⁷⁵ Poenget er imidlertid at Cs disposisjon enten fanges opp av asl. § 3-8, eller av utbyttereglene i kapittel 8. Begge regelsett begrenser morselskapets frihet til å foreta transaksjoner som kan være til skade for det enkelte datterselskap og dets aksjonærer og/eller kreditorer. B bør derfor ikke tillates å mot-

¹⁷² Bråthen (2011) s. 44 og s. 50

¹⁷³ Bråthen (2007) s. 74

¹⁷⁴ l.c.

¹⁷⁵ Aarbakke (2012) s.201 antar at reglene gjelder parallelt, mens Bråthen (2007) s. 74 antar at disposisjonen i sin helhet enten må vurderes mot utbyttereglene eller mot asl. § 3-8

regne med Cs fordring på A i tilfelle hvor dette i realiteten også medfører en svekkelse av C til ulempe for selskapet selv, dets kreditorer og evt. aksjonærer.¹⁷⁶

Konsekvensen er uansett den samme for morselskap B: Dersom ytelsen/utdelingen fra datterselskap C til morselskap B er skjedd i strid med utbytteregele i asl./asal. kap. 8, må B like fullt ”tilbakeføre” det mottatte til C, jf. asl./asal. § 3-7 første ledd første pkt.

For konserninterne transaksjoner presiseres det også i asl./asal. § 3-9 første ledd at disse skal grunnes på ”vanlige” forretningsmessige vilkår og prinsipper. Målestokken for hva som anses som ”vanlig” kan være det enkelte konsernselskap eller konsernet som helhet.¹⁷⁷ For heleide datterselskap er det ikke minoritetsaksjonærer å ta hensyn til, kun datterselskapets kreditorer.

I konsernforhold med heleide datterselskaper vil det derfor i større grad godtas at konsernet som helhet er målestokken for hvorvidt en transaksjon er forretningsmessig begrunnet.¹⁷⁸

Det faller utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på dette. I § 3-9 tredje ledd presiseres videre at utdeling av utbytte og konsernbidrag fra et konsernselskap til morselskapet i løpet av et ”enkelt regnskapsår” ”samlet” ikke skal overstige grensen etter § 8-1.

¹⁷⁶ For en nærmere innføring i morselskapets adgang til å drive konsernledelse på bekostning av aksjonærer og kreditorer i datterselskap, se Stølen, Konsernledelse- Gjelder det en Rozenblum- doktrine i norsk rett? (2004)

¹⁷⁷ Stølen (2004) s. 34 flg.

¹⁷⁸ *ibid.* s. 43

7 Litteraturliste

- Aksjeloven og allmennaksjeloven- Kommentarutgave.* Magnus Aarbakke ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2012.
- Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.* 2. utg. Oslo, 2006.
- Andenæs, Mads Henry. *Konkurs.* Oslo, 2009.
- Arnholm, Carl Jacob. *Privatrett III- Almindelig Obligasjonsrett.* 2. utg. Oslo, 1974.
- Arnholm, Carl Jacob. *Streiftog i obligasjonsretten.* Oslo, 1939.
- Berger, Klaus Peter. *Der Aufrechnungsvertrag, Aufrechnung durch Vertrag, Vertrag über Aufrechnung.* Tübingen, 1996. Sitert etter Sæbø (2003) s. 32.
- Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett.* 2. utg. Oslo, 2011.
- Brækhus, Sjur. *Avtalt motregning. Bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige forpliktelser overfor depositaren.* I: Rett og Humanisme- Festskrift til Kristen Andersen. Oslo, 1977, s. [53]-76.
- Bråthen, Tore. *Moderne forretningsjus II.* Bergen, 2011.
- Bråthen, Tore. *Selskapers avtaler med sine aksjonærer eller medlemmer av ledelsen.* I: Nordisk Tidsskrift for Selskabsret. Årg. 3 (2007), S.65-89.
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett.* 2. utg. Oslo, 2011.
- Knudsen, Gudmund. *Gjeldsansvar i konsern.* I: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett. Torvild Akvaag...[et al.]. Oslo, 1994, s. [85]-115
- Lindskog, Stefan. *Kvittning- Om avräkning av privaträttsliga fordringar.* Stockholm, 1993
- Moltke Jensen, Pia. *Konneksitet.* 1. utg. København, 2007.
- Munch, Mogens. *Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis.* I: U.1983B.149 (Sitert fra UfR Online)
- Nilsen, Nadja. *Ansvarsgjennombrudd i konsern.* Oslo, 2012.
- <https://www.duo.uio.no/handle/123456789/34025>
- Pedersen, H.V. Godsk. *Civilretlig identifikation i relation til kreditorer.* I: U.1985B.352 (Sitert fra UfR Online)
- Sandvik, Tore. *Lærebok i materiell konkursrett-* utdrag. Bergen, 1985.

- Stølen, Liv. *Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?* Oslo, 2004.
<https://www.duo.uio.no/handle/123456789/20003>
- Sæbø, Rune. *Motregning*. Bergen, 2003.
- Torvund, Olav. *Pengekravsrett*. Oslo, 1997.
- Trolle, J. *Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966*. I: U.1967B.89 (Sitert fra UfR Online)
- Ørgaard, Anders. *Konkursret*. 8. utgave. København, 2002.
- Øyen, Ørnulf. *Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1998, S. 711-742.
- Aarbakke, Magnus. *Rådigheten over et konserns midler*. I: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett. Torvild Akvaag...[et al.]. Oslo, 1994, s. [58]-83.

8 Lov-, forarbeid- og domsregister

Lover:

1952 Lov om betaling og innkreving av skatt av 21. November 1952 nr. 2

1984 Dekningsloven (deknl.) av 8. Juni 1984 nr. 59

1997 Lov om aksjeselskaper (asl.) av 13. Juni 1997 nr. 44

1997 Lov om allmennaksjeselskaper (asal.) av 13. Juni 1997 nr. 45

Konkursloven Lovbekendtgørelse nr. 217 af 15. mars 2011 om konkurs

Forarbeider:

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1992:35 Effektivisering av betalingsinnfordring

Ot.prp.nr 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot.prp.nr 55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Dommer:

Rt. 1903 s. 35

Rt. 1907 s. 384

Rt. 1915 s. 840

Rt. 1927 s. 584

Rt. 1932 s. 1015

Rt. 1960 s. 1399

Rt. 1992 s. 504

Rt. 1995 s. 91

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1997 s. 21

Rt. 1997 s. 1029

Rt. 2006 s. 1361

LB-1998-872

LB-2006-106848

RG 2007 411

UfR 1911.73 H

UfR 1959.627 H

UfR 1967.48 H

UfR 1979.6/2H

UfR 1982.689

UfR 1983.267 SØHa